

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LAÍS PAGNONCELLI

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL: NOVAS TENDÊNCIAS E
DESAFIOS PARA A ATUAÇÃO DA DEFESA NA FASE PRELIMINAR**

CURITIBA

2020

LAÍS PAGNONCELLI

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL: NOVAS TENDÊNCIAS E
DESAFIOS PARA A ATUAÇÃO DA DEFESA NA FASE PRELIMINAR**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito do Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientação: Professora. Dra. Clara Maria Roman Borges.

CURITIBA

2020

“Os inquéritos que se realizavam nas cortes de justiça eram secretos, em geral, também para os funcionários de hierarquia inferior, os quais apenas podiam compreender o distante curso ulterior que tomariam os assuntos nos quais estavam trabalhando, de modo que as causas judiciais entravam na órbita de sua jurisdição sem que eles mesmos chegassem a saber, na maioria das vezes, de onde vinham nem aonde iriam. Sendo assim, a estes funcionários fugiam-lhes os ensinamentos que se podiam obter do estudo de todas as fases individuais de um processo, da sentença final e de seus fundamentos. Não podiam senão intervir naquela parte do processo que a lei lhes prefixava expressamente, de modo que conheciam curso ulterior que o processo tomava, quer dizer, o resultado de seu próprio trabalho, menos do que a defesa, a qual em troca quase por regra geral continuava mantendo relações com o acusado até o fim do processo. De modo que também neste sentido os funcionários podiam aprender muitas coisas valiosas da defesa”.

Franz Kafka

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a oportunidade de estar finalizando o curso de Direito em uma universidade, pública, gratuita e de qualidade ímpar.

Ademais, sou eternamente grata aos meus pais, Marisa e Juarez, que me apoiaram desde o primeiro dia em que que resolvi sair de casa aos 17 anos para morar sozinha em Curitiba, a fim de cursar Direito na UFPR. Se estou aqui, escrevendo esta monografia, é porque sempre tive apoio emocional e material de meus pais, que dedicaram e dedicam suas vidas para dar o melhor aos seus filhos.

Agradeço ao meu irmão, Juney, que sempre me incentivou a buscar uma educação de qualidade e possibilitou que eu tivesse meus primeiros contatos com a música, fatos que me marcaram muito.

Também agradeço ao meu namorado, Gabriel, por ter me aturado durante o tempo de escrita desse trabalho, tempo em que passamos não só a morar juntos, mas a aprender a importância do companheirismo, lealdade e a ver as coisas boas do cotidiano.

Ainda, sou imensamente grata à minha orientadora, a professora Clara, que lecionou por dois anos para minha turma, transmitindo ensinamentos e pensamentos rellevantíssimos para minha formação. Ademais, agradeço por todo o auxílio, apoio e orientação durante a realização deste trabalho, sendo que mesmo apesar da ausência das aulas presenciais (que fizeram muita falta!) nunca deixou de esclarecer minhas dúvidas e discutir sobre o tema aqui tratado.

O ano de 2020, foi e será um ano lembrado por muitos outros. No dia 17 de março de 2020 iniciou-se o isolamento social, acompanhado das incertezas e angústias advindas com a situação da pandemia do COVID-19. Apesar disso, em todo esse tempo nunca me senti sozinha e sempre pude contar com o apoio daqueles que convivem comigo, dos amigos e dos professores do curso de direito.

Neste ano muitos tiveram a percepção de que nada ocorreu. Às vezes também pensei assim. Entretanto, hoje (já no último mês do ano), percebo que, em realidade, muitas coisas ocorreram, e mais que coisas, pensamentos e comportamentos mudaram, o que, espero seja a semente para o desenvolvimento de uma sociedade mais sustentável e humana.

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL: novas tendências e desafios para a atuação da defesa na fase preliminar

LAÍS PAGNONCELLI

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade
de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Dra. Clara Maria Roman Borges
Orientador

Coorientador



Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior
1º Membro

ANDRE RIBEIRO
GIAMBERARDINO:04588543954

Assinado de forma digital por ANDRE
RIBEIRO GIAMBERARDINO:04588543954
Dados: 2020.12.09 12:36:49 -03'00'

Dr. André Ribeiro Giamberardino
2º Membro

RESUMO:

O presente trabalho estuda o tema da advocacia defensiva, o qual ainda é pouco debatido na doutrina brasileira e, da mesma forma, é uma prática pouco efetivada. Ao se verificar que o Brasil adota o inquérito policial como modelo de investigação, muitos relacionam a fase preliminar ao modelo inquisitivo, e, por isso, relegam o debate sobre a participação da defesa nessa fase. Entretanto, as novas reformas infraconstitucionais no processo penal, a tendência à adoção de figuras negociais e a ampliação da importância da fase investigativa denunciam a necessidade de um maior protagonismo da advocacia já na fase preliminar. Alguns países têm adotado o que vem sendo chamado de investigação defensiva, destacando-se entre esses, o sistema italiano e o norte-americano, os quais revelam interessantes práticas envolvendo a atuação do defensor antes da instauração do processo penal. De outro lado, no Brasil, o espaço de atuação da defesa na fase pré-processual penal ainda é muito tímido, seja pelo fato de adotarmos o sistema do inquérito policial, seja pela falta de uma cultura que enxergue com bons olhos e com a devida importância a atuação do defensor. Em meio às críticas do sistema processual brasileiro, os entusiastas sonham que o sistema acusatório seja implantado, e, por tal razão, não vislumbram as possibilidades existentes em nossa realidade processual penal, a qual já consagrou a ampla defesa como direito fundamental no processo e no procedimento administrativo. O que interessa ao presente trabalho, assim, é a análise acerca dos limites e especialmente, das possibilidades e contribuições de uma atuação mais ativa da defesa na fase preliminar, pois cada vez mais fica evidente a indispensabilidade da atuação do advogado antes que o processo se inicie. Não obstante a criação de algumas normas nos últimos anos sobre o tema, será que nosso sistema processual penal atual comporta, de fato, uma advocacia defensiva? Seria nossa realidade processual penal compatível com a investigação direta pela defesa? Partindo de uma análise constitucional, poderia a atuação da defesa na investigação ser considerada um direito fundamental? Quais são as finalidades e as possibilidades da investigação defensiva durante as fases da persecução penal? O que é preciso para a sua efetivação e como isso pode contribuir para um processo penal mais participativo e efetivo? São esses alguns dos principais questionamentos que nortearão o desenvolvimento desta monografia. Ademais, a abordagem do tema será realizada por meio de pesquisa bibliográfica dos principais escritos publicados.

Palavras-chave: Inquérito policial; Defesa pré-processual, Investigação criminal defensiva; Modelo italiano e norte-americano; Regulamentação; Defensoria Pública, Juiz de garantias.

ABSTRACT:

The present work studies the Brazilian legal doctrines which still are hardly discuss the subject of preliminary criminal defense, and, consequently, is hardly practiced by counselors. After noticing Brazil's adoption of police inquiry as an investigation model, many correlate it to the preliminary step of the inquisitive model, and, because of it, relegate the debate about the agency of the defenders in that step of the prosecution. However, the new infra-constitutional reforms on criminal procedural law, the trend in adopting negotiation options and the increased importance of the investigative step announce the need for a larger prominence of the defense by that preliminary step. Some countries have been adopting a, so called, defensive investigation, standing out amongst those, the Italian and north-American systems, those which reveal interesting practices about the legal action of the defenders before the criminal procedure itself. In another hand, the Brazilian proceedings' room is still shy for a proper defensive criminal investigation, either because of the adopted police inquiry system, or be it by the lack of a culture that both welcomes and properly ascertains the importance of the defender's role in the process. In the midst of critiques on Brazilian criminal procedural system, enthusiasts hope an accusatory system is installed, and, therefore, do not shine light over the current possibilities of our legal scenario, which has already crowned the ample defense as a fundamental right in both legal and administrative proceedings. The subject explored by this paper was the analysis on the boundaries and, especially, on the possibilities and contributions of a more active role of the preliminary defense, because it gets clearer again and again how essential is the role of an attorney on the administrative proceedings before the start of a criminal lawsuit. Despite the instating of new rules in the last few years on the subject, is it feasible for our prosecutorial system to actually sustain preliminary criminal defense? Would our prosecutorial reality be compatible with direct defensive investigation? From a constitutional analysis standpoint, could the defense's role in the investigation step be seen as a fundamental right? What would be the objectives and possibilities of the criminal defense during the steps in the prosecution process? What would take to effectuate it and how can it contribute to a criminal prosecution more participatory and democratic? These are some of the moot points guiding the development of this monograph. In addition, the theme will be approached through bibliographic research of the main published writings.

Key words: Police Inquiry; Pre-trial Defense, Criminal defense investigation; Italian and North-American models; Regulation; Public Defender's Office, The guarantee judge.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. O MODELO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E SUAS FINALIDADES.....	14
2.1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR NO BRASIL E O INQUÉRITO POLICIAL.....	14
2.2 O MODELO DO INQUÉRITO POLICIAL SOBRE A ÓTICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAS.....	20
2.3. AS FUNÇÕES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR E A BUSCA PELA REALIDADE DOS FATOS.....	20
3. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA E A COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA PÁTRIO.....	26
3.1. O MODELO ITALIANO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	32
3.2. O MODELO NORTE-AMERICANO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	38
3.3. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A SUA FUNDAMENTALIDADE.....	44
4. REGULAMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL: LIMITES, OBJETIVOS E POSSIBILIDADES.....	50
4.1. LIMITES AO CONTRADITÓRIO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, NORMAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA NA FASE PRELIMINAR.....	50
4.2. DILIGÊNCIAS POSSÍVEIS NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PAPEL DO INVESTIGADOR PARTICULAR.....	56
4.3. FINALIDADES E POSSIBILIDADES PRÁTICAS PARA A ATUAÇÃO DEFENSIVA.....	62
5. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA E DO JUIZ DE GARANTIAS: DESAFIOS E CONTRIBUIÇÕES NA EFETIVAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA.....	67

5.1. O ACESSO Á JUSTIÇA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O FORTALECIMENTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA.....	67
5.2. O PAPEL DO JUIZ DE GARANTIAS E A PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NA FASE PRÉ PROCESSUAL.....	71
5.3. DESAFIOS DA ADVOCACIA DEFENSIVA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E EFETIVO.....	76
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
7. REFERÊNCIAS.....	84

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo precípuo analisar e avaliar as mais relevantes possibilidades da investigação criminal conduzida diretamente pela defesa durante todas as fases do processo penal, principalmente na fase preliminar. O presente tema poderia se apresentar como uma alternativa à falta de um sistema processual-normativo que possibilite a paridade de armas entre acusação e defesa, especialmente na colheita de informações na fase preliminar.

Para a realização da presente monografia, a metodologia adotada consistirá na pesquisa bibliográfica dos principais trabalhos científicos e acadêmicos publicados sobre o assunto. Assim, será realizada a análise de obras, textos, artigos, dados, pesquisas empíricas, decisões judiciais e notícias sobre a teoria e a prática na investigação defensiva e as principais questões que a cercam.

Dentre os objetivos dessa monografia estão o de investigar a prática da investigação realizada diretamente pela defesa na fase preliminar e sua conformidade com o sistema de investigação já existente em nosso sistema processual penal. Ainda, intenta-se detectar alguns dos inúmeros desafios e as possíveis contribuições da efetivação da investigação defensiva no Brasil.

Para tanto, em síntese, no presente trabalho, preliminarmente, serão tecidos comentários sobre o modelo de investigação ainda adotado pelo sistema processual brasileiro (o inquérito policial), bem como suas características e funções. Em seguida, serão analisados o modelo norte-americano e o italiano de investigação defensiva, a fim de capturar particularidades substanciais e que poderão trazer algum subsídio para o avanço do tema no país.

Após, será abordada a prática da investigação defensiva no Brasil, sob a ótica constitucional, suas finalidades, principais objetivos, bem como as diligências exequíveis pela defesa, e utilidades do resultado obtido com a investigação defensiva. Assim, também será necessário examinar os desafios para a implantação e a ampliação da prática de uma advocacia defensiva, quais sejam a necessidade de estruturamento da Defensoria pública e a importância da colaboração do judiciário e da figura do juiz de garantias. Por fim, serão trazidas algumas das contribuições da efetivação da investigação realizada pela defesa para um processo penal mais participativo e efetivo.

Importante, destacar, desde já, que, o tema será abordado, a partir da perspectiva de um processo humanizado, democrático, considerando o Estado mais do que um agente de controle social que aplica a punição, um Estado garantidor dos direitos fundamentais. Nessa esteira, a análise da atuação da defesa/advocacia na fase anterior à instauração da ação penal, torna-se essencial para repensar a relevância do papel por ela desempenhado na fase preliminar, especialmente em tempos de importantes reformas processuais que ampliam as alternativas à não persecução penal.

Primeiramente, é indispensável trazer um conceito de investigação defensiva, a partir do qual o trabalho será desenvolvido. Assim, colaciona-se aqui a definição elaborada por Edson Luís Baldan¹ para quem a investigação defensiva consiste no desenvolvimento de um complexo de atividades de natureza investigatória, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico. Tais atividades visam à coleta de elementos documentais objetivos e subjetivos de convicção, “no escopo de construção de acervo probatório lícito que serão empregados para o pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial”.²

Dessa maneira, o conceito supracitado demonstra que a advocacia defensiva na fase preliminar consiste em um conjunto de atividades e coleta de elementos no intuito de reunir um conjunto de provas que subsidiarão a defesa do imputado, em contraponto e em paralelo à investigação policial. Acrescente-se que a investigação defensiva pode ser realizada não apenas em favor do investigado/acusado, mas em favor de outros sujeitos processuais, como da vítima, seja ela querelante ou assistente de acusação.

Atenta-se que, embora a investigação conduzida pela defesa e suas repercussões não sejam objeto de profunda reflexão no Brasil, a referida matéria desponta como preocupação hodierna da doutrina na medida em que novas leis e regulamentações, ainda escassas, são criadas, revelando a importância do assunto.

¹ BALDAN, Édson Luís. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253- 273, jan./fev. 2007. p. 269.

² Ibidem.

Por tais razões, a relevância em estudar a possibilidade e a viabilidade da advocacia defensiva se dá justamente pela falta de atenção e espaço merecido à participação da defesa no momento de investigação preliminar que é, provavelmente, o momento em que se verifica o maior grau de desigualdade material entre acusado e o órgão oficial que investiga. Nesse sentido, pode-se vislumbrar o interesse emergente e ainda tímido sobre o assunto como um avanço dentro do direito de defesa e na ideia de paridade de armas do imputado com relação à acusação.

Neste momento em que as disposições sobre a atuação da defesa na fase preliminar são recentes, é preciso antes, contudo, mais do que oferecer respostas, levantar alguns questionamentos sobre os possíveis desafios na adoção dessa nova postura pela advocacia.

Ao pesquisar sobre o tema da presente monografia, e, principalmente sobre as utilidades da investigação defensiva e sobre como ela vem sendo acolhida no sistema, nota-se ser este um campo sobre o qual ainda poucos se debruçaram. Apesar de encontrar relevantes materiais já escritos sobre o tema, no final de 2019, com o anúncio e entrada em vigor do pacote anticrime, parece que outros temas do processo penal se sobrepuseram.

Desde a reforma do Código de Processo Penal em 2008, pode-se observar exemplos de figuras introduzidas no sistema processual penal brasileiro e que não tiveram efetiva aplicabilidade devido à falta de mecanismos de participação da defesa na fase pré-processual. A absolvição sumária, trazida no art. 397, do CPP, com a Lei 11.719/2008³, é um exemplo disso. À defesa não foram dados os meios adequados que permitissem a produção de provas e identificação de fontes, para que essa pudesse influenciar na percepção do juiz antes mesmo da ação penal ser instaurada.

Tal aspecto demonstra que é imprescindível proporcionar meios e espaço, bem como incentivar a participação da defesa antes do início do processo, no intuito de evitar o próprio processo ou trancar o inquérito policial existente.

³ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

Diante disso, é possível perceber que, não obstante as recentes reformas, nosso sistema processual penal ainda proporciona pouco espaço para a defesa atuar na fase preliminar, seja pela ideia de que a defesa resguardaria a impunidade, seja pelo fato de que a credibilidade se concentra na atividade investigativa estatal oficial.

Nesse sentido, Franklyn Roger Alves Silva⁴, em sua obra *Investigação criminal direta pela defesa*, acertadamente, fala na existência de uma premente necessidade de se desvincular o estigma de que a defesa no processo penal tem o objetivo de acarretar a impunidade, pontuando que nosso processo penal ainda propaga o mito da chamada verdade real, cuja credibilidade vem perdendo espaço ao longo dos anos.

Ainda, como será tratado mais adiante, acentua-se desde já que o alcance do processo penal se relaciona com a obtenção de “verdade” processual e dialógica⁵, a qual pode servir como limitador da atuação do julgador, mas não como uma verdade material absoluta que será alcançada em sua inteireza no processo.

Outrossim, não faz sentido colocar em patamares diferentes a investigação produzida pelos órgãos oficiais com relação à realizada pela defesa (por advogados ou Defensoria pública), já que desde que respeitados os direitos e garantias das partes, não há que se falar em um caminho mais confiável que outro para se chegar à veracidade dos fatos.

Nessa esteira, uma vez que a Constituição Federal de 1988 garante a ampla defesa e o devido contraditório, resta ponderar e analisar as possibilidades de atuação para o defensor, que podem envolver, desde a colheita de depoimentos, requisição de documentos, a solicitação de acesso a banco de dados

⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Editora JusPODIVM. 2019, p. 35.

⁵ “A análise sob o prisma de Jürgen Habermas traz uma interpretação diferente para este tema, lecionando que racionalidade e verdade são conceitos que instrumentalizam o acordo linguístico. Desta forma, a suposição pragmática caracteriza a diferença entre verdade e não verdade. Apesar do multiculturalismo dos demais povos, a verdade é imanente e transcende ao contexto, oferecendo validade ao discurso. Prossegue afirmando que a aceitabilidade pública da verdade e sua dependência com o mundo da ação pode ser verificada por intermédio das certezas comportamentais e os discursos justificados. Existe uma relação interna entre verdade e justificação. Desta forma, o que possibilita demonstrar que as crenças justificadas e coerentes são verdadeiras é a acessibilidade ao horizonte linguístico” (DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. *A verdade como ferramenta da investigação criminal à luz do garantismo penal*. Revista dos Tribunais. Vol. 952/2015, p. 265 – 293. Fev/ 2015, p.14).

públicos e informações pessoais, até a realização de exames e contraprovas periciais.

Além disso, ao analisar o possível espaço de atuação para a defesa na investigação preliminar, surge uma necessidade de pensar a compatibilização disso com a tendência aos acordos penais, cada vez mais aplicados e debatidos no país. Nesse sentido, Franklyn Roger A. Silva denota que a defesa técnica capacitada se faz imprescindível ao imputado, com a finalidade de “expor toda a dinâmica do processo penal brasileiro, as vantagens e desvantagens de se submeter à persecução penal ou anuir com o acordo, bem como as obrigações assumidas naquela avença”.⁶

Enquanto há farta produção doutrinária e jurisprudencial pátria sobre o inquérito policial e o poder de investigação da Polícia e do Ministério Público, de outro lado, verifica-se o exíguo debate sobre a atuação da defesa na fase preliminar, momento que, muitas vezes, fica resumido apenas ao inquérito policial.

Todavia, de acordo com Gabriel Bulhões, “a investigação defensiva está aí, latente na atuação profissional de toda a advocacia, mostrando-se, ainda que timidamente no contexto da persecução penal brasileira, como instrumento digno de atenção da Defesa e da doutrina”.⁷ Ressalta-se também que, conforme aponta Gustavo Badaró, embora o Código de Processo Penal brasileiro não discipline a investigação pela defesa, por outro lado ele não a proíbe, e, desse modo, não há o que invalide a atuação da defesa na fase pré-processual.⁸

Com efeito, tendo em mente a relevância da atuação da defesa na fase pré-processual, é clara a necessidade de analisar e discutir formas e técnicas para que tal prática seja difundida no sistema processual penal brasileiro. A criação, a efetivação de uma cultura e prática judicial que reconheça a indispensabilidade da participação da defesa na fase preliminar podem ser cruciais para assegurar um processo penal mais justo, eficaz, participativo e menos oneroso ao acusado, assim como ao investigado.

⁶ SILVA, op. cit., p. 534.

⁷ DIAS, Gabriel Nóbrega Bulhões. *A advocacia criminal, a advocacia defensiva e luta pela paridade de armas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, v. 150, p. 145-87, dez, 2018. p. 2-3.

⁸ BADARÓ, Gustavo. H. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

2. O MODELO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E SUAS FINALIDADES

2.1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR NO BRASIL E O INQUÉRITO POLICIAL

Quando se fala em investigação criminal no Brasil, normalmente, esta é identificada com o Inquérito policial. Entretanto, a investigação criminal e o inquérito policial não se confundem, e, por isso, é indispensável analisar as principais características de ambos, a fim de compreender nosso modelo de investigação e seus principais protagonistas.

Primeiramente, anota-se que a investigação criminal preliminar⁹ busca reunir elementos materiais relacionados à possível conduta ilícita, configurando o “procedimento preliminar e preparatório à ação penal, formado por um conjunto de atos encadeados, que podem ser praticados pelos sujeitos envolvidos e diretamente interessados na persecução penal”.¹⁰ Segundo Marta Saad¹¹, a investigação preliminar, visando a apurar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, bem como sua autoria, coautoria e participação, é procedimento prévio, cautelar, realizado no mais das vezes pela polícia judiciária, em inquérito policial, sendo esse um procedimento de natureza administrativa e finalidade judiciária.

Por outro lado, o inquérito policial é uma das formas pelas quais é possível levar a cabo a investigação criminal, reunindo indícios, provas de autoria e materialidade do delito. Esse é classificado como um procedimento administrativo pré-processual, realizado pela polícia judiciária, dirigido pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e sua autoria (art. 4º, do CPP).¹²

⁹ Aury Lopes Júnior define a investigação preliminar como “o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 32)”

¹⁰ MACHADO, André Augusto. *A investigação criminal defensiva*. 2009. 2012 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 36.

¹¹ SAAD, Marta. *Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal - Investigação preliminar: desafios e perspectivas*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 31, jan./abr. 2020.

¹² LOPES JR., A.; GLOECKNER, R. J. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 222.

Desse modo, em síntese, o inquérito policial é um procedimento que objetiva averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato preliminar, o qual é desenvolvido dentro da fase de investigação preliminar. Ou seja, o inquérito é uma das formas de conduzir a investigação, podendo coexistir com outras.

Dessa maneira, apesar de ser preponderantemente realizada pela polícia judiciária, a investigação preliminar não possui apenas natureza estatal, uma vez que ela também pode ser desenvolvida por um particular que represente a defesa, seja este um advogado ou detetive¹³, em colaboração com a autoridade policial.

No Brasil, o inquérito policial tem como característica ser escrito, facultativo e sigiloso. Entretanto, à medida que novas diretrizes vão sendo incluídas na cultura e na prática advocatícia na fase preliminar, surge a necessidade de repensar tais características e se elas ainda fazem sentido diante de um novo paradigma que se impõe.

Não obstante o artigo 9º, do Código de Processo Penal, estabeleça que todos os atos de investigação deverão ser reduzidos a um texto escrito, novos meios de provas relativizam esse dispositivo. Aury Lopes Júnior e Ricardo Gloeckner, citando Ernst von Beling, pontuam que o inconveniente da forma escrita “é que o órgão que tem de decidir se encontra só com letras mortas e incolores, perdendo-se o frescor da impressão, posto que só a oralidade, aliada à imediação, proporciona o contato direto”.¹⁴ À despeito disso, com a forma escrita, o inquérito possibilita que outro juiz, diverso daquele atuou durante a colheita de elementos probatórios possa decidir com base nesse acervo.

Em que pese a forma escrita ser inerente ao procedimento investigatório, servindo também para controle de atos, exigir tal forma “não pode ser mote para que a investigação preliminar despreze a utilização de tecnologias na documentação da colheita de elementos informativos, notadamente as oitivas de testemunhas, vítimas e dos suspeitos”.¹⁵ Nesse sentido, uma das possibilidades da investigação defensiva se encontra na obtenção de meios de provas não escritos, como materiais áudio-visuais que são facilmente obtidos na era digital (como por exemplo, vídeos, *prints* de conversas ou postagens em redes sociais).

¹³ Nesse sentido, dispõe o art. 5º da lei 13.432/2017 que, “o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante”.

¹⁴ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J., op cit., p. 189.

¹⁵ SOUZA, David Tarciso Queiroz de. *A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar*. 2016, p. 36.

Ainda, relevante comentar a publicidade nos atos de investigação, a qual é limitada pelo CPP, “a fim de preservar o direito à intimidade, privacidade, honra e imagem do sujeito passivo”.¹⁶ Durante a fase preliminar, a publicidade pode ser classificada como parcial, uma vez que a acessibilidade é concedida só para os sujeitos.

Fala-se, portanto, em sigilo externo do inquérito policial, visando a resguardar a imagem do investigado e seu estado de inocência. Isso porque, uma fase de investigação preliminar que fosse totalmente publicizada seria algo impensável, “pois isto representaria não somente uma possibilidade de frustração dos atos de investigação, como uma indevida e excessiva exposição do investigado”.¹⁷

De acordo com Aury Lopes Júnior e Ricardo Gloeckner, o sigilo externo na investigação se justifica no plano do utilitarismo judicial, pois a divulgação dos atos praticados na investigação preliminar poderia prejudicar a investigação do fato, facilitando o desaparecimento ou evasão de provas; e no plano constitucional, uma vez que publicizar tais atos ocasiona o mais grave prejuízo ao sujeito passivo, que é estigmatizá-lo prematuramente como acusado.¹⁸ Tal situação, pode ser ilustrada quando notícias publicadas nas mídias rotulam investigados como criminosos ainda durante a investigação preliminar, expondo atos de prisão, por exemplo, o que repercute diretamente na vida e imagem social dos investigados¹⁹.

No Brasil, a investigação preliminar orienta-se pelo que se pode chamar de sistema misto limitado. Esse divide o objeto da investigação em dois aspectos:

¹⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J., 2014, op. cit., p. 192.

¹⁷ OLIVEIRA, Daniel Kessler. *A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016, p. 123.

¹⁸ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J., 2014, op. cit, p. 194-195.

¹⁹ Nesse sentido veja-se o seguinte caso noticiado nas mídias de comunicação do Brasil - “Prisão indevida na ‘lava jato’ custa casamento, emprego e reputação”: Por erro da força-tarefa da operação “lava jato” e do juiz Sergio Moro, a vida do ex-diretor da OAS Mateus Coutinho de Sá foi arruinada. Sua prisão indevida fez com que perdesse o emprego, sua mulher o abandonasse e ele fosse privado de conviver com sua filha pequena por quase seis meses, como informa o jornal Folha de S.Paulo. A recente absolvição de Coutinho de Sá pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região deixou patente a arbitrariedade de seu encarceramento (...) Finalmente, em 28 de abril de 2015, o executivo deixou a cadeia após o Supremo Tribunal Federal autorizar que ele e outros investigados da “lava jato” poderiam responder ao processo em prisão domiciliar. Depois, Moro substituiu a detenção por medidas cautelares, como o afastamento de atividades econômicas. Mas o estrago já estava feito. Coutinho de Sá foi demitido da OAS e passou a sofrer preconceito por ter sido acusado de envolvimento no esquema de corrupção na Petrobras. Pior: o desgaste acabou com seu casamento. Notícia retirada de: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-27/prisao-indevida-lava-jato-custa-casamento-emprego>.

“nível da *cognitio* (sumariedade qualitativa) e tempo de duração da atividade (sumariedade quantitativa)”.²⁰ Dessa forma, busca-se a probabilidade do *fumus comissi delicti* e a verossimilhança na notícia-crime, não constituindo instrumento hábil a comprovar plenamente todos os elementos indispensáveis para estabelecer um juízo acerca do fato supostamente criminoso.

Como forma de garantir a celeridade do procedimento, em regra, o inquérito policial deve ser finalizado em 10 dias, se o indiciado estiver preso, ou em 30 dias se ausente prisão cautelar, nos termos do Artigo 10, do CPP.²¹ Destaque-se que a depender da classificação do delito ou da competência para o seu processamento existirão prazos distintos para a conclusão do Inquérito policial²².

Todavia, essa questão sofreu mudança com a Lei 19.964/2019 (Pacote anticrime), criando a possibilidade de ao receber o Inquérito relatado, o Ministério Público se verificar a ausência de tipicidade ou justa causa poder ordenar seu arquivamento, prescindido-se da participação do juiz para homologar tal decisão²³.

Nesse ponto, passa a valer a regra em que o Ministério Público deve comunicar a recomendação de arquivamento à autoridade policial e à vítima antes de enviar os autos ao órgão ministerial revisor, os quais possuem o prazo de 30 dias para requerer a revisão de tal ordem de arquivamento realizada pelo órgão ministerial (art. 28 § 1º, do CPP)²⁴. No entanto, na prática há um descompasso entre os prazos dispostos nas normas e o que é seguido pelo Ministério Público,

²⁰ LOPES JR., 2001, op. cit., p. 97.

²¹ Ibidem, p. 164.

²² “Quando o sujeito passivo estiver em liberdade, atendendo a complexidade do caso (difícil elucidação), o prazo de 30 dias poderá ser prorrogado a critério do juiz competente para o processo (art. 10, § 3º, do CPP), desde que existam motivos razoáveis para isso (...) Nos processos de competência da Justiça Federal, prevê o art. 66 da Lei nº 5.010/66 que o prazo de conclusão do IP quando o sujeito passivo estiver em prisão será de 15 dias - prorrogáveis por mais 15 (...) Nos delitos de tráfico de entorpecentes, a Lei nº 6.368/76 determina que a duração do IP será, em caso de prisão, 5 dias (art. 21) ou de 10 dias na situação prevista no art. 35, parágrafo único. Estando o sujeito passivo em liberdade, o prazo para conclusão do IP será de 30 dias (art. 21, § 1º)” (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 164).

²³ LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *O abuso do poder de denunciar e o direito de não ser réu: uma nova leitura a partir do novo art. 28 do Código de Processo Penal (lei 13.964/2019)*. Revista de Processo | vol. 307/2020 | p. 33 - 52 | Set / 2020 | DTR\2020\8402.

²⁴ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

sendo o descumprimento destes a regra²⁵. Especialmente, se o sujeito passivo está em liberdade, os prazos para que o inquérito seja concluído são descumpridos.

Normalmente, o Inquérito policial é iniciado por um ato administrativo do delegado de polícia que determina a sua instauração através de uma portaria em virtude da cognição direta pela autoridade policial, pelo requerimento do ofendido ou pela comunicação de qualquer um do povo acerca de um fato aparentemente criminoso²⁶. Ainda, nos delitos de ação pública condicionada ou de ação penal privada, cabe ao ofendido, por meio da representação ou do requerimento, respectivamente, solicitar a apuração do fato e a persecução penal do autor. Porém, o Inquérito policial também pode ser iniciado por Requisição do Ministério Público que toma conhecimento sobre um delito de ação penal pública.

Por outro lado, ao juiz, assim como não lhe cabe iniciar um processo, não cabe requisitar a instauração de um inquérito. Nesse ponto acentua André Mendes Machado que, “a autoridade Judiciária não pode investigar, isto é, colher elementos informativos durante a persecução prévia, pois se tornaria verdadeiro inquisidor e deixaria de ser imparcial”.²⁷ Assim, mesmo que o delito seja de ação penal privada ou condicionada à representação ou privada, o juiz deverá remeter a representação ao Ministério Público para que este tome as providências necessárias²⁸.

De outro lado, a investigação preliminar não é cogente, ou seja, desde que existam elementos de convicção suficientes e aptos a justificar um juízo de probabilidade sobre a autoria e materialidade do crime, é possível que a ação penal seja exercida sem uma investigação anterior. Isto é, o inquérito é sumário e facultativo, uma vez que “é possível que a *notitia criminis* esteja suficientemente instruída para demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti*, oferecendo razoáveis elementos que justifiquem a acusação”.²⁹ Pontua-se que, em delitos de menor complexidade, como os crimes de menor potencial ofensivo, permite-se a dispensa da instrução prévia para o exercício da ação penal pelo acusador.

²⁵ A investigação deve estar concluída tão logo existam elementos que justifiquem o processo ou o não processo e, em qualquer caso, no prazo máximo de três meses. O Ministério Público poderá solicitar a prorrogação, por igual prazo e de forma fundamentada, ao juiz garante, que decidirá em audiência com a presença e participação da defesa. Em caso de indiciado preso, o prazo deve ser mais exíguo, mas sem exageros (LOPES JR., A.; GLOECKNER, R. J. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 410).

²⁶ LOPES JR., 2001, op. cit., p.166.

²⁷ MACHADO, 2009, op. cit., p. 85.

²⁸ LOPES JR., 2001, op. cit., p. 166-167.

²⁹ LOPES JR., 2001, op. cit., p. 102.

Entretanto, embora tenha caráter facultativo, nos crimes mais complexos a existência da investigação preliminar, na prática, torna-se regra.

Não obstante ser facultativa, a investigação, muitas vezes, representa boa parte do subsídio para os atos processuais e até mesmo serve como fundamento importante da sentença (desde que acompanhada de outras provas)³⁰. Assim, os elementos reunidos na investigação influenciam significativamente da formação da convicção do juiz, uma vez que no sistema atual, com a figura do juiz das garantias ainda não implantada, o mesmo juiz que atua na investigação é quem irá proferir a sentença.

De acordo com Fauzi Hassan Choukr,³¹ já na fase preliminar o Estado-administração dá subsídios e influencia significativamente o Estado-jurisdição que exara a sentença, e, por isso, conceber a investigação preliminar como mero elemento de informação acaba sendo uma grande falácia. Nesse momento é que (como será visto adiante) reside a grande importância da atuação da defesa trazendo seus elementos probatórios na investigação preliminar para que desde já possa influenciar nos rumos do procedimento e evitar a sua judicialização.

Dessa forma, embora os elementos informativos do inquérito policial, isoladamente, não possam servir para fundamentar uma sentença judicial, eles, frequentemente, são utilizados para fundamentar a sentença. Nesse sentido, o artigo intitulado *A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL*, dos autores André Rocha Sampaio, Marcelo Herval M. Ribeiro e Amanda Assis Ferreira, analisou o grau influência dos elementos de informação coligidos no inquérito policial à fundamentação de decisões³².

No referido estudo, concluiu-se que um percentual superior a 90% das sentenças condenatórias se utilizava, direta ou indiretamente, dos elementos

³⁰ CPP, Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 134.

³² RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. *A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 197, jan./abr. 2020.

informativos oriundos do inquérito policial³³. Ainda, dentre os processos 458 processos julgados na Comarca de Maceió-AL em 2016 que foram analisados, foi constatado que em 100% dos casos a defesa não estava presente no momento da colheita da informação pela polícia, o que permite concluir que na grande maioria das vezes os réus no Brasil são condenados, em última análise, com base em atos privados do contraditório judicial³⁴.

Nota-se, pois, que aqueles responsáveis pelo exercício da investigação preliminar também terão influência no resultado processual. Ou seja, em um sistema em que a polícia é a única que colhe elementos e realiza diligências requeridas pela acusação, e tais elementos podem ser usados para fundamentar a sentença condenatória, pode-se configurar um sistema eivado de injustiças.

Entretanto, cabe por fim, destacar importante mudança trazida pela Lei 19.964/2019 (Pacote anticrime) inserindo o art. 3º-C, §3º, do CPP, dispondo que o juiz responsável pela instrução criminal não mais terá acesso aos autos de Inquérito policial. Isto é, os autos da investigação preliminar de competência do juiz de garantias (que também poderão ser amplamente acessados pelas partes) ficarão na secretaria desse juiz, não sendo apensados aos autos do processo a ser enviado ao juiz da instrução e julgamento.

Assim sendo, a alteração incluída pela nova sistemática do juiz de garantias mostra-se como importante passo para a diminuição do uso de elementos da investigação na elaboração da sentença condenatória, o que também permite delimitar as funções básicas do inquérito policial, questão que será melhor explorada no presente trabalho.

2.2. O MODELO DO INQUÉRITO POLICIAL SOBRE A ÓTICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

De acordo com Aury Lopes Júnior, a investigação preliminar consiste num instrumento a serviço do processo penal, munido de elementos necessários a pretensão acusatória e garantindo o eficaz funcionamento da justiça³⁵. Nesse ponto, o autor assinala que o processo penal sem a instrução preliminar é um

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ LOPES JR., 2001, op. cit., p. 38-39.

processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e as postulados da instrumentalidade garantista”.³⁶

Desde Carnelutti era conhecido que a investigação preliminar não apenas serve para subsidiar o processo, averiguando a *notitia criminis*, mas possui uma função aquém do processo, atuando como um *filtro processual a evitar acusações infundadas*³⁷. A referida finalidade consiste no garantismo, o qual é também um dos fundamentos do processo penal que evita o custo que os juízos desnecessários sobre essas acusações improcedentes geram para o imputado e para o Estado.

Diante disso, “extraí-se os três pilares básicos da investigação preliminar: busca do fato oculto, salvaguarda da sociedade e evitar acusações infundadas”.³⁸ Pode-se verificar, portanto, a relevância e a necessidade da investigação preliminar como instrumento fundamental para evitar o risco de acusações infundadas e processos desnecessários.

Desse modo, a investigação não é mera etapa ou formalidade, mas procedimento essencial que permite reunir elementos, compondo suporte probatório mínimo que justifique o processo ou o não-processo³⁹. Assim, a devida investigação preliminar é a garantia de uma acusação justificada.

Entretanto, o inquérito policial no Brasil foi por muito tempo reduzido a um instrumento à serviço da acusação⁴⁰, o qual não comportava a participação da defesa. Ademais, “na atualidade, predomina o entendimento de que o nosso sistema policial de investigação preliminar precisa ser reformulado. É o que chamamos de crise do inquérito policial”.⁴¹

Em primeiro lugar, é preciso analisar de que forma a característica inquisitiva foi relacionada anacronicamente com a fase do Inquérito. Desse modo,

³⁶ Ainda lembra o autor que “a estigmatização social termina por condenar a sujeito passivo somente pelo fato de haver sido acusado formalmente (queixa ou denúncia no sistema brasileiro), de modo que a função de filtro que desempenha a investigação preliminar adquire ainda maior importância nos delitos graves”. (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 102).

³⁷ Ibidem, p. 47.

³⁸ Ibidem, p. 41. Ainda sobre a função de salvaguarda da da sociedade, explica, Aury Lopes Júnior, “A investigação preliminar também atende a uma função de natureza sociológica ao assegurar a paz e a tranqüilidade social, pela certeza de que todas as condutas possivelmente delitivas serão objeto de investigação. Essa garantia, de que não existirá impunidade, manifesta-se também através da imediata atividade persecutória estatal” (LOPES JR., op. cit., p. 45).

³⁹ Ibidem, p. 30.

⁴⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do *Inquérito policial no sistema acusatório – o modelo brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 35/2001, p. 185-201. Jul-Set/ 2001. Doutrinas essenciais de direito penal e processo penal. Vol 6/2015. Jan-Dez/ 2015.

⁴¹ LOPES JR., 2001, op. cit., p. 1.

para compreender as causas que fizeram com que a fase preliminar fosse considerada até hoje como inquisitiva, é necessário analisar alguns aspectos das teorias que buscaram classificar os sistemas processuais penais no Brasil.

A teoria clássica sobre os diferentes sistemas processuais penais foi encampada por José Frederico Marques analisando os sistemas no Brasil a partir da existência ou não de partes no processo.⁴² Catalogando os sistemas em inquisitório, acusatório ou misto, Frederico Marques considerava nosso sistema como acusatório⁴³, pois a fase de investigação (que teria caráter inquisitório) seria pré-processual e não essencial, portanto, não constituiria etapa do processo.

Porém, na década de 1980, autores apontaram a incompatibilidade entre o processo penal regulado pelo Código Processual Penal e àquele regulado pela Constituição Federal/1988. Nesse contexto, a doutrina passou a entender que o sistema processual penal brasileiro seria misto porque da leitura do CPP, nota-se um processo de modelo próximo ao inquisitório, enquanto que, na Constituição de 1988, estabelece-se um modelo notoriamente acusatório.

Já a teoria “progressista”, estabelecida em meados dos anos 1990 como contraponto à teoria clássica, sustentou que considerar o sistema brasileiro como um sistema misto seria esconder a nossa realidade processual penal. Desse modo, com Jacinto Miranda Coutinho, influenciado pelo autor italiano Franco Cordero, se definiu a classificação dos sistemas processuais a partir do critério da gestão da prova. Por conseguinte, foi identificado que no Brasil existe um juiz gestor das provas, sendo o sistema pátrio, por isso caracterizado por um modelo inquisitório. Jacinto M. Coutinho sustenta como principal característica do sistema inquisitório “a extrema concentração do poder nas mãos do órgãos julgador (...) Aqui, o acusado

⁴² “Enquanto no procedimento acusatório, o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim verdadeira relação processual, - no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora, não ser processo genuíno e sim, uma forma auto-defensiva de administração da justiça. É que, no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender que caracterizam o processo. (...) No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, tal como consagra o direito brasileiro” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961. vol. 1, p. 59).

⁴³ “Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. O impulso oficial do processo, quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de ação penal pública, ou o particular, quando o caso é de ação penal privada. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, êle as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis* (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 64).

é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá das contas o julgador”.⁴⁴

Ainda, com relação ao processo penal contemporâneo, Jacinto M. Coutinho observa que “o sistema inquisitório brasileiro, potencializado pela americanização à brasileira, sobretudo pela delação premiada (...), agiganta a malvadeza e faz os fins justificarem os meios”.⁴⁵ Diante disso, o autor indica que “os mecanismos do direito norte-americano (*plea bargain*) transplantados para nosso sistema processual, como a delação premiada, somente poderia ser importada para cá se adotássemos de fato um sistema acusatório”.⁴⁶

No entanto, essa discussão sobre em qual sistema o direito processual penal brasileiro se encaixa ou qual deveria adotar, às vezes se afigura mais como óbice que paralisa avanços no processo do que de fato um debate que os persegue. Ou seja, ao insistir em classificar o processo penal brasileiro, admitindo que ele é inquisitivo como ensinou Jacinto M. Coutinho, acaba-se por afirmar que no processo o sujeito passivo é visto como mero objeto, ficando ainda mais difícil considerar o investigado como sujeito de direitos que pode desde já municiar sua defesa.

Esse contexto contribuiu para a manutenção da tendência de uma prática que deixasse de lado a fase preliminar (que seria inquisitiva, por excelência), pois tal fase não comportaria espaço para a defesa ou não seria momento adequado para reunir elementos favoráveis ao investigado. Desse modo, durante muitos anos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria tinham a crença de que o inquérito policial não passava de peça administrativa, meramente informativa, e que ostentava unicamente atos de investigação, e assim, negava-se ao indiciado, o exercício do direito de defesa nesta fase da persecução penal.⁴⁷

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior aponta para a falácia do sistema bifásico entre fase preliminar e fase processual, aludindo que, “o monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com “ares” de acusatório

⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 30, 1998, p.166.

⁴⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e AZEVEDO, Gabriella Saad. *A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (lei nº 12.850/13)*. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flavio Mirza (org.). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 228.

⁴⁶ COUTINHO e AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 230.

⁴⁷ SAAD, 2020, *op. cit.*

[outro engodo, conforme ensina Jacinto M. Coutinho]) é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do País inteiro”.⁴⁸ Apesar dessa dicotomia entre as duas fases, é preciso salientar que, frequentemente, a prova colhida durante o inquérito será trazida integralmente para o processo, fazendo com que elementos – que deveriam ser meramente informativos, pois obtidos na ausência de contraditório – justifiquem uma condenação por meio de um discurso que coteja provas judiciais e “provas” policiais⁴⁹.

À vista disso, foram há poucos anos atrás que nossos tribunais superiores passaram a reconhecer que o exercício de defesa como direito constitucional é possível na fase pré-processual. Destarte, se faz indispensável perceber que, não obstante o modelo do inquérito policial ser preponderantemente inquisitivo no sentido de não ser marcado pelo contraditório pleno, pode sim existir a participação da defesa em tal procedimento.

Ainda sobre os modelos processuais penais, como lembra Ferrajoli não há modelos puros, portanto, dizer que o Inquérito é integralmente inquisitorial⁵⁰ não faz sentido. Isto é, se o modelo inquisitório pressupõe o caráter secreto da instrução, a publicidade relativa no inquérito e a possibilidade de acessar os autos pela defesa fariam cair por terra o argumento de que o inquérito policial é totalmente inquisitório.

O inquérito como fase do processo penal ou aquém deste não pode ser pensado como pertencente à um certo modelo, uma vez que tal pensamento pode restringir as possibilidades de participação da defesa, de modo a determinar o insucesso em acordos processuais, de maneira que beneficie tão somente a

⁴⁸ LOPES JR, Aury. *Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?* In: *Sistemas processuais penais*. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1 ed – Florianópolis (SC): Tirant Lo Blanch, 2018, p. 23.

⁴⁹ “A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, e ao final, basta um belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. Ademais mesmo que não se faça expressa menção a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele? a eleição (culpado ou inocente) é o ponto nevralgico do ato decisório e pode ser feita com base nos elementos do inquérito policial e disfarçada com um bom discurso (LOPES JR, Aury. *Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?* In: *Sistemas processuais penais*. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1 ed – Florianópolis (SC): Tirant Lo Blanch, 2018, p. 23)”.
⁵⁰ “Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”(FERRAJOLI, 2002, p. 452).

acusação e impossibilite o trancamento do inquérito pela defesa. Por isso, especialmente nessa nova onda de importação de mecanismos despenalizadores, deve-se mais do que nunca dar a devida importância ao espaço de atuação da defesa na investigação que requer a cada dia uma postura mais ativa.

Talvez, os princípios constitucionais ao lado da garantia de efetividade e da aplicação do direito penal como *ultima ratio* possam ser mais frutíferos para analisar o sistema processual brasileiro, pois como muito bem lembra Clara Roman Borges, talvez não seja mais útil pensar nosso sistema processual como este ou aquele dentro da classificação tradicional de sistemas. Ou seja, “ao invés de tentar salvar os velhos sistemas processuais, é necessário abrir os olhos para essas novas práticas, para a complexidade da nossa sociedade que questiona as tradicionais respostas penais”.⁵¹

Assim melhor seria superar a discussão acerca da classificação do nosso processo penal como um determinado sistema, a fim de evitar que se reproduza, apenas por costume, que o inquérito é uma fase meramente inquisitiva.

Vale lembrar que, como bem acentua Fauzi Hassan Choukr, “o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado”.⁵² Assim, não importa qual a fase processual, a dignidade da pessoa humana consistente no fundamento maior do sistema sempre deve imperar, pois esta implica na “formação de um processo banhado pela alteridade, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo”.⁵³

Em outras palavras, em que pese ser o inquérito policial um procedimento administrativo que visa preparar um conjunto de elementos reunidos por meio de uma instrução provisória a ação penal, esse não pode restringir as garantias fundamentais do sujeito investigado.

Tendo em vista que “a legalidade, contraditório, ampla defesa, não são fins em si, mas instrumentos pelos quais se alcança a tutela da integridade da

⁵¹ BORGES, Clara Maria Roman. Um *olhar para além dos sistemas processuais penais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 104/2013 | p. 147 - 171 | Set - Out / 2013.

⁵² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 08

⁵³ Ibidem.

dignidade da pessoa humana”⁵⁴, também na investigação preliminar deve-se permitir o direito à informação e, em certo grau a defesa por parte do investigado.

2.3. AS FUNÇÕES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR E A BUSCA PELA REALIDADE DOS FATOS

A investigação preliminar visa a apurar um fato supostamente típico e antijurídico, identificando o agente, bem como seus coautores. Assim, o inquérito policial utilizado na fase preliminar, é instrumento que reúne elementos necessários à apuração da infração penal, o qual se reveste de natureza cautelar, no sentido de preservação de eventuais elementos ou meios de prova.⁵⁵

Ensina Marta Saad que “a cautelaridade não se confunde, todavia, com eventual provisoriedade de alguns elementos do inquérito policial, pois há atos que serão transmitidos definitivamente para a futura ação penal”.⁵⁶ Aqui entram as provas irrepetíveis, como a busca e apreensão, exames, provas periciais, arresto ou sequestro de bens. A autora⁵⁷ destaca ainda, que o inquérito policial não deve produzir provas e reunir elementos apenas contrárias ao suspeito ou imputado, uma vez que o inquérito será também a base para o seu próprio arquivamento, ao demonstrar a insuficiência de elementos informativos ou a atipicidade da conduta ou ao revelar a existência de causa extintiva de punibilidade ou de causa excludente de antijuridicidade.

Segundo Marta Saad, a investigação preliminar possui finalidades de duas ordens: a primeira consiste em “reconstruir o fato investigado informando e instruindo a autoridade policial e a acusação e a segunda é a de servir de fundamento para que o juiz decrete medidas e provimentos cautelares, durante da investigação”.⁵⁸

Para uma melhor compreensão do inquérito policial e de suas peculiaridades, é imprescindível analisar o escopo desse formato investigativo, levando em conta o modelo ideal de sistema erigido como mote pelo legislador pátrio.

⁵⁴ CHOUKR, op. cit., p.4.

⁵⁵ SAAD, 2020, op. cit.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

Quando se fala em processo, emerge a questão das provas, e com ela a perquirição pela verdade a ser descoberta. Porém, a gana pela verdade, muitas vezes, faz como que as garantias do processo e os direitos fundamentais que devem ser assegurados também na fase preliminar sejam subjugados em nome de uma verdade real dos fatos. Nesse sentido, assevera Marta Saad⁵⁹ que, no curso da investigação preliminar, as medidas cautelares decretadas, como a apreensão, a busca pessoal ou domiciliar, a quebra de sigilo fiscal e bancário, interceptações telefônicas configuram, muitas vezes, patente afronta aos direitos fundamentais relacionados, especialmente à liberdade e intimidade.

Desse modo, a principal finalidade do processo que é a garantia de uma acusação e julgamento justo ficam em segundo plano, erigindo a busca pela verdade a qualquer custo.

Ressalta-se, nesse ponto, que a busca pela verdade possui tratamentos distintos a depender da classificação processual penal adotada. Nesse sentido, a doutrina, ao definir o sistema inquisitório⁶⁰, traz como principal objetivo daquele a busca pela verdade real ou material.⁶¹ Assim, munido da iniciativa probatória, o juiz poderia também investigar e reunir elementos que fundamentam sua tese, tudo isso em nome do alcance da verdade real dos fatos.

De outro lado, destaca Ferrajoli que admite-se a busca pela verdade real como pretensão subjetiva do investigador.⁶² Não obstante a verdade material ser admitida, compreende-se a verdade a ser perseguida no processo penal como uma verdade formal ou processual⁶³, uma vez que o legislador disciplina e delimita

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Eminentes doutrinadores, como Jacinto Miranda Coutinho, classifica o sistema processual penal pátrio como preponderantemente inquisitório, lançando mão do critério da gestão da prova. Segundo o autor a gestão da prova é atribuída precipuamente ao magistrado, que para buscar a verdade dos fatos, acreditando ser possível conhecê-la, exerce controle, determina a produção e reúne provas em qualquer fase do processo (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24).

⁶¹ GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 31.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 60.

⁶³ Como explica FERRAJOLI, a verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas, sim, condicionada em si pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial” (LOPES. JR., A.; GLOECKNER, R. J. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 222).

objetivamente as técnicas de comprovação e valoração das provas.⁶⁴ Nesse sentido, Eliomar da Silva Pereira, em consonância com Ferrajoli, destaca que, “a verdade formal (ou processual), assim, em contraste com a verdade substancial, ‘não pretende ser a verdade’, pois ela está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa”.⁶⁵

Depreende-se assim, que a proteção à liberdade dos cidadãos consagrada na Constituição Federal deve preponderar na investigação criminal, protegendo os jurisdicionados da arbitrariedade das verdades pretensiosamente substanciais e intoleráveis.⁶⁶

Portanto, partindo de uma concepção de verdade como correspondência⁶⁷, para Ferrajoli, a noção de verdade, além de se limitar à uma verdade aproximativa, sujeita-se à validade jurídica dos meios utilizados para seu alcance.⁶⁸ Nas palavras de Roberto A. Darós Malaquias, “a investigação criminal como ferramenta de busca da verdade processual deve ser identificada por parâmetros técnicos que se fundamentem na facticidade e na juridicidade”.⁶⁹

O investigador realiza uma experiência indireta, a qual permite corroborar as hipóteses de explicação sobre determinado fato delituoso. Nesse ponto, há autores que, sob uma ótica pragmática da investigação, sugerem uma noção de verdade como acordo⁷⁰, afirmando que “a verdade é acordo entre hipótese e prova,

⁶⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. *O problema da verdade da investigação criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 91, p. 91 - 135, Jul - Ago/ 2011, p. 8.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 38.

⁶⁷ “As teorias da correspondência entendem que a verdade de uma proposição consiste não em suas relações com outras proposições, mas em sua relação com o mundo, sua correspondência com os fatos. Teorias deste tipo foram sustentadas tanto por Russel (1918) quanto por Wittgenstein (1922), durante o período de sua adesão ao atomismo lógico. Austin defendeu uma versão da teoria da correspondência em 1950” (HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Florianópolis: Unesp, 2002. p. 127).

⁶⁸ PEREIRA, op. cit., p. 39.

“Temos, assim, que reconhecer um nexo entre verdade e validade, tendo esta um vínculo com o método de investigação (como se verá) que, embora limite a busca da verdade, permite legitimá-la pelo respeito a certos valores relacionados a tais limites jurídicos” (PEREIRA, Eliomar da Silva. *O problema da verdade da investigação criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 91, p. 91 - 135, Jul - Ago/ 2011, p. 9).

⁶⁹ DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. *A verdade como ferramenta da investigação criminal à luz do garantismo penal*. Revista dos Tribunais. Vol. 952/2015, p. 265 – 293. Fev/ 2015, p.14.

⁷⁰ “Dadas as condições e as ferramentas colocadas à disposição do investigador, inevitavelmente o cientista diz ter encontrado o acordo que é a ideia de John Dewey: “chega-se a uma verdade através de um acordo (...) A noção de verdade como acordo desempenha uma função importante no processo de investigação e, a partir de um problema o investigador projeta sua atividade investigativa com variados objetivos. Desta forma, a análise pragmática da investigação com a finalidade de verificar ou refutar uma hipótese por intermédio do estabelecimento de uma base de

ou uma predição confirmada que define a adequação empírica, dizendo que uma teoria ou hipótese é empiricamente verdadeira se ela é verdadeira em relação às coisas observáveis”.⁷¹

Nessa perspectiva, o investigador deve estar ciente que a investigação criminal se limita a demonstrar que determinados fatos existiram, devendo comprovar estes através de “elementos probatórios reunidos e certas normas, segundo critérios de coerência, e pelo seu enquadramento em certa norma penal incriminadora, interpretada juridicamente, segundo critérios de aceitabilidade justificada”.⁷²

A investigação do crime, portanto, é realizada com base em elementos probatórios e não em fatos, os quais não podem mais ser reconstruídos. Então, a busca da verdade no processo penal parte dos fatos e das interpretações sobre estes, respeitando os meios legais e as garantias.

Tendo isso em mente, menciona-se que a valoração dos fatos e da culpabilidade do agente cabe ao juiz e não à autoridade que realiza o indiciamento, embora os elementos fáticos recolhidos na investigação - que na maioria das vezes surgem em conjunto e de forma indissociável do fato típico - permitem um juízo mais completo sobre a culpabilidade.

Assim, já é possível denotar algumas peculiaridades que demonstram que o contraditório e a ampla defesa não constituem diretrizes absolutas na fase preliminar, uma vez que “a investigação criminal representa apenas a opinião do investigador ou cientista, sem que haja ponderação de argumentos de defesa ou acusação”.⁷³

Nada obstante a busca pela verdade real seja considerada uma utopia ou mesmo inviável, “o mito da verdade ainda representa importante fonte legitimadora para o processo”.⁷⁴ A função do processo consistente na descoberta dos fatos sobre os quais o Estado é chamado a se manifestar engendra todo o fundamento

dados é uma possibilidade real (...) “É necessário enfatizar que a formulação pragmática da verdade como acordo fundamenta-se na ideia de verificação, em que o investigador conclui que existe um acordo entre a hipótese e as evidências favoráveis que são as provas”. (DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. *A verdade como ferramenta da investigação criminal à luz do garantismo penal*. *Revista dos Tribunais*, vol. 952/2015, p. 265 – 293. Fev/ 2015).

⁷¹ DARÓS MALAQUIAS, op. cit., p.13.

⁷² PEREIRA, op. cit., p. 14-15.

⁷³ DARÓS MALAQUIAS, op. cit., p.14.

⁷⁴ ARENHART. Sérgio cruz. *Ainda sobre a verdade no processo*. In: *Altos estudos sobre a prova no processo penal* – Coord. Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Editora JusPODIVM, 2020, p. 23.

da atividade probatória do juiz, e de todo o procedimento, o qual se torna a sucessão de atos previstos legalmente, a fim de legitimar a forma da busca da verdade na atividade investigatória do juiz.⁷⁵

Apesar disso, talvez seja mais viável reconhecer que a discussão entre verdade real e formal deve ser superada, a fim de encarar a verdade como inerente ao processo e à investigação; não como ideal perseguido a qualquer custo, mas que ao lado de outros ideais orienta a conduta das partes e do juiz.

Salah. H. Khaled Jr., na mesma linha de Gustavo Badaró, acertadamente observa que “já é hora de sepultar a desgastada dicotomia verdade formal e verdade material, que muito mais tem contribuído para desacertos do que para construções válidas”.⁷⁶

Contudo, embora existam críticas e mudanças paradigmáticas sobre a busca da verdade no processo penal, Janaina Matida em seus escritos mostra que não se deve olvidar que a apreensão da verdade no processo penal é possível e viável⁷⁷. Assim, Janaina Matida acentua que “a investigação do papel da verdade no processo deve ser pautada diretamente na relação entre os fatos e a prova. Ela é que tem a prerrogativa de viabilizar o ingresso da realidade no processo”.⁷⁸

Por tal motivo é que, apesar de relevante traço do processo, a preocupação cognitiva não deve ser a única, uma vez que a busca da verdade precisa coexistir com outros ideais e direitos inerentes ao processo. Dessa maneira, a verdade não deve ser colocada acima de outros ideais e de outros direitos como a igualdade e a dignidade do investigado, todavia, é por meio da verdade que a realidade se faz presente e orienta o processo.

Nessa perspectiva é que a verdade pode ser pensada como baliza não só para a atuação do juiz, mas também para a atuação do delegado como autoridade policial, que é quem está mais próximo da primeira porta de entrada para o ingresso da realidade no processo, através das diligências investigativas.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ KHALED JR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo – Editorial Atlas, 2013, p.376-377.

⁷⁷ MATIDA, Janaína Roland. *O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova* (dissertação de mestrado) orientador: Noel Struchiner. – 2009, p.102.

⁷⁸ Ibidem, p. 13.

Isto é, a realidade dos fatos, deve servir como guia e limite da atuação da autoridade policial que conduz a investigação, pois os materiais colhidos nesse momento têm repercussão direta na formação da verdade no processo.

Isso também porque, de acordo com Antonio E. Ramires Santoro, especialmente nos chamados maxiprocessos, como no caso da Operação Lava-jato, ocorre o deslocamento do centro informativo da fase instrutória processual – que seria a fase adequada porque produzida perante o juiz em contraditório – para a investigação preliminar, por meio dos acordos de colaboração premiada⁷⁹. Dessa forma, “são os dados da investigação nos maxiprocessos que terminam por formar o convencimento do julgador, em especial a colaboração premiada, seja pelas declarações do colaborador, seja pelas provas de corroboração”.⁸⁰

Com efeito, em tais processos as informações produzidas na fase preliminar se tornam cruciais para a formação do convencimento não apenas do julgador, mas também da mídia e da população.⁸¹ Assim, as informações são produzidas em excesso na tentativa não tanto de chegar à verdade, mas de chegar à um culpado, ou ainda, à um prisioneiro do delito como diria Ferrajoli⁸², ocasionando a grande inflação da fase de investigação preliminar.

Após a análise sobre as principais características, objetivos da investigação preliminar, bem como do inquérito policial no sistema processual penal brasileiro passa-se a explorar os principais modelos estrangeiros que já adotam a investigação criminal defensiva. O estudo a seguir não tem por escopo julgar o que deveria ser aplicado em nosso sistema, mas pensar em formas viáveis e facilitadoras da consolidação da advocacia defensiva e da conscientização de sua importância no modelo investigativo pátrio.

⁷⁹ SANTORO, Antonio E. R. *A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 110, jan./abr. 2020.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ “A forma como os conteúdos das declarações prestadas pelos investigados ou acusados que celebraram acordos de colaboração premiada foram tratados pela mídia, converteu-se em um pré-julgamento público sobre os fatos ainda em fase de investigação preliminar e põe a questão do convencimento judicial em outras bases” (SANTORO, Antonio E. R. *A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 84, jan./abr. 2020).

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 759.

3. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA E A COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA PÁTRIO

3.1. O MODELO ITALIANO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A seguir serão abordadas as principais características dos sistemas jurídico, com especial enfoque no sistema de investigação italiano e norte-americano, os quais apesar de serem sistemas que guardam significativas distinções, são considerados os principais berços da investigação defensiva.⁸³

Tendo em vista que o propósito desse trabalho não é o de exaurir ou analisar, pormenorizadamente, a investigação defensiva, serão apresentados elementos e finalidades centrais da temática nos dois sistemas. Destarte, levando em conta as idiosincrasias do sistema pátrio, serão analisados aspectos que tenham uma possível aplicabilidade em nossa realidade jurídica, ou ao menos sirvam de subsídio para orientar a futura prática processual penal defensiva.

No sistema jurídico italiano, a atividade da investigação defensiva nem sempre teve espaço⁸⁴, pois além de ter sido censurada na época do revogado Código Rocco, a divisão bifásica entre fase de instrução (com caráter secreto) e fase de julgamento configurava uma “estrutura procedimental que não contribuía para o exercício da atividade probatória da defesa”.⁸⁵

Nesse quadro, é interessante ressaltar, o relevante trabalho da *Unione delle Camere penali italiane* que consistiu em um órgão que reunia associações de advogados militantes da área do direito penal, o qual teve papel fundamental para manter aceso o debate sobre a investigação defensiva, além de orientar e tipificar

⁸³ SILVA, Franklyn Roger Alves. *A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal*. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan.-abr. 2020, p. 44.

⁸⁴ Nesse sentido, destaca Franklyn Roger que, “sempre residuiu desconfiança em alguns setores do sistema de justiça de que a atividade de investigação defensiva pudesse calhar em destruição ou adulteração de elementos de prova. Esse preconceito levava o sistema jurídico a encará-la com ressalvas e aplicar sanções ao comportamento de advogados, que no exercício das funções procurassem manter contato com testemunhas, interpretando esse comportamento como se infrações disciplinares fossem (...) A maior parte dos advogados também relutou em aceitar que os seus papéis fossem ampliados com a atribuição de uma nova função, até então estranha ao usual trabalho da defesa técnica no processo penal” (SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Editora JusPODIVM. 2019, p. 220).

⁸⁵ SILVA, 2020, op. cit., p. 46.

os procedimentos da disciplina defensiva até a incorporação desta no Código de Processo Penal italiano.⁸⁶

A investigação realizada pela defesa passou a ser tratada no Código de Processo Penal Italiano de 1988, no entanto, foi a Lei nº. 397 de 2000 que passou a regular a investigação da defesa na fase pré-processual. Naquele momento, o que se esperava da prática da defesa “nada mais era do que o desdobramento das normas convencionais que asseguravam ao imputado o direito a uma defesa técnica e à produção probatória”.⁸⁷

No atual CPP italiano, o art. 327-bis autoriza o defensor a buscar elementos em favor do defendido, em qualquer grau ou fase do processo, como em uma revisão criminal ou na execução da pena⁸⁸. Portanto, a investigação defensiva na Itália nasceu com o propósito de “tornar a atuação defensiva mais dinâmica, deixando a defesa de desempenhar um papel de mera resistência, passando a incorporar um perfil de atuação proativo a partir da atividade desempenhada por toda a equipe defensiva”.⁸⁹

Já no século XXI, a preocupação da Itália com relação à investigação defensiva passou a ser não elitizar o acesso a tal instrumento da defesa, conciliando o alto custo da atividade e a condição de hipossuficiência de muitos dos investigados. Assim, a fim de garantir a paridade de armas, o legislador disciplinou a condução da *indagine difensiva*, empregando-a no inquérito e na ação penal.

No referido sistema, encontra-se o inquérito defensivo, disciplinado de maneira tal que permite a investigação defensiva se desenvolver de dois modos, qual seja prospectivo, mediante apresentação de elementos colhidos pela defesa por ocasião da prolação de decisão que dependa da interveniência das partes ou preventivo, cabendo à defesa formar autos da investigação e depositá-los em

⁸⁶ Ibidem, p. 216.

⁸⁷ Ibidem, p. 49.

⁸⁸ SILVA, 2019, op. cit., p. 218.

⁸⁹ Art. 327-bis. Attività investigativa del difensore”. 1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro. 2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione. 3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.

juízo.⁹⁰ Dessa maneira, o *fascicolo del difensore* constitui os autos do inquérito da defesa, o qual reúne toda a investigação defensiva, e que será depositado em juízo além de ser anexado juntamente com o inquérito policial (*chiusura delle indagine preliminare*) quando da conclusão deste.⁹¹

Como a Constituição brasileira, a italiana prevê um rol de garantias fundamentais (isonomia e a inviolabilidade dos direitos) porém, mais enxuto. Nesse sentido, Franklyn Roger Silva traduz Donatella Curtotti para explicar que “a sede normativa da investigação criminal defensiva na Itália decorre da inviolabilidade do direito à defesa técnica previsto na Constituição e do direito de se defender provando como um desdobramento da paridade de armas”.⁹²

Dentre o rol de garantias fundamentais processuais do sistema italiano, no que interessa o processo penal, encontram-se “a inviolabilidade do direito de defesa em qualquer grau ou instância procedimental (art. 24, *comma* 2), a assistência jurídica aos necessitados (*comma* 3), e o direito à indenização pelo erro judiciário (*comma* 4)”.⁹³ Ademais, a não culpabilidade como uma garantia extraída da Carta Magna italiana assegura que o acusado não será considerado culpado até que não haja uma condenação definitiva⁹⁴.

No direito italiano há grande preocupação com o processo justo. “A concepção de processo justo vai muito além das simples justiça da decisão”.⁹⁵ Nessa linha, o sistema processual, por meio de mecanismos e figuras processuais permite maior controle, participação dos sujeitos nos procedimentos e busca impedir a contaminação do magistrado.

Destarte, na Itália, para cada uma das três fases do procedimento (ordinário)⁹⁶ há intervenção de um órgão jurisdicional diverso. Preliminarmente,

⁹⁰ Ibidem, p. 230.

⁹¹ Ibidem, p. 237. O autor ainda acrescenta que “Formalmente, haveria dois autos diversos, o fascicolo do Ministério Público e o *fascicolo* da defesa, ainda que apensados entre si durante a realização da audiência preliminar. Seria na fase instrutória, já com a ação penal instaurada, que ambos os expedientes seriam unificados” (Ibidem, p. 238).

⁹² SILVA, 2020, op. cit., p. 45.

⁹³ SILVA, 2019, op. cit., p. 174.

⁹⁴ *Costituzione della Repubblica Italiana: Art. 27. (2) La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte.* (Acesso em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>).

⁹⁵ Ibidem, p. 175.

⁹⁶ “Essas três fases estão reguladas nos arts. 326 a 415 (fase investigatória), 416 a 437 (audiência preliminar) e 465 a 548 (fase de julgamento) e comporiam o que podemos denominar de

tem-se a fase de *indagini preliminari* (investigação preliminar),⁹⁷ a qual é controlada por um juiz distinto daquele que julgará a ação penal. Ainda, haverá outro juiz responsável pela determinação de medidas cautelares.

No modelo italiano, a fase de investigação preliminar é conduzida pelo Ministério Público, iniciando-se com a notícia-crime e terminando com a audiência preliminar. Essa audiência será dirigida por um outro juiz, que vai ponderar a conveniência sobre a instauração do processo penal. Explica Franklyn Roger Silva,⁹⁸ que encerrando-se a investigação, será realizada a audiência preliminar, consistente numa segunda fase do procedimento, sendo esse ato processual de extrema importância, pois ali serão avaliados os elementos apresentados na ação penal, permitindo que o juiz possa valorá-la positivamente ou entender pela rejeição daquela imputação.

Ademais, depois de realizado o procedimento da audiência, abre-se a terceira fase, qual seja a da ação penal e seu processamento (*giudizio*), em que existe a intervenção de outro juiz, o *giudice per il dibattimento*, o qual jamais poderá ter trabalhado nas fases anteriores⁹⁹. Destarte, “essa restrição evita que um juiz que teve contato com os elementos do inquérito policial também seja o responsável pela apuração das provas na ação penal”.¹⁰⁰

Depreende-se, pois, que no sistema italiano a defesa pode apresentar os elementos colhidos durante a fase de *indagini preliminari* na audiência preliminar. Esse quadro permitirá ao acusado ponderar se é viável autorizar que o fato seja apreciado desde já ou se vai exercer o contraditório e a ampla defesa na ação penal que será levada à cabo.

Interessante observar que “no sistema italiano, não há impeditivo a que o acusado apresente o resultado de sua investigação defensiva no momento da

procedimento ordinário. Já os procedimentos especiais representam verdadeira simplificação procedimental e trazem uma compensação ao acusado que anui com a sumarização, mediante uma série de benefícios, a exemplo da redução de pena e do afastamento da prisão perpétua, por exemplo” (SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Editora JusPODIVM. 2019, p. 180).

⁹⁷ SILVA, 2019, op. cit., p. 178-179.

⁹⁸ Ibidem, p. 179.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Ibidem.

audiência”,¹⁰¹ podendo requerer o juízo abreviado, o que possibilita uma situação de notória revelação de paridade de armas.

Importante destacar, que, assim como no sistema brasileiro, no sistema italiano, apesar de não existir uma instituição pública e gratuita de defesa aos hipossuficientes (como a nossa Defensoria Pública), há notória preocupação com a assistência jurídica. Desta forma, no processo penal italiano, além da garantia da presença de um advogado habilitado, também garante-se a presença de uma assistente técnico e de um investigador privado, “de modo que o hipossuficiente também tenha a oportunidade de ver uma equipe defensiva no exercício de sua assistência jurídica, para a realização de atos de investigação”.¹⁰²

Interessante denotar que, assim como estabelecido no Art. 6º, do Provimento 118/2018 da OAB¹⁰³ no modelo italiano, enquanto o Ministério Público e a Polícia Judiciária possuem o dever de investigar e informar todos os fatos relacionado a prática do delito, “o defensor não tem o dever de recolher elementos de prova desfavoráveis ao próprio assistido”.¹⁰⁴ Outrossim, ao defensor é vedado destruir provas, ou introduzir provas falsas, devendo preservar a veracidade das informações colhidas.¹⁰⁵

Igualmente, no sistema italiano o defensor possui o direito de entrevistar as testemunhas. Todavia, os arts. 391-bis e seguintes do CPP italiano dispõe sobre os deveres que o defensor possui na condução da entrevista de testemunhas, “inclusive o de documentação do ato -, a possibilidade de requisição de documentos e de acesso a locais públicos e privados para a realização de perícias e demais exames”.¹⁰⁶

Ademais, “diferentemente do modelo americano, no sistema italiano o investigador privado deve observar determinados procedimentos e limites para que

¹⁰¹ Ibidem, p. 181. Ainda, indica o autor Franklyn Roger da Silva que “A presença das informações defensivas na audiência preliminar tem sua importância, especialmente para a formação do convencimento do juiz no referido ato processual, o que implica reconhecer que, quantomais cedo a juntada, mais eficaz será o efeito persuasivo da investigação defensiva no procedimento (SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Editora JusPODIVM. 2019, p. 236).

¹⁰² SILVA, 2019, op. cit., p. 199.

¹⁰³ Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

¹⁰⁴ MACHADO, 2009, op. cit., p. 126.

¹⁰⁵ SILVA, 2019, op. cit., p. 241.

¹⁰⁶ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 289, jan./abr. 2020.

o resultado de seu trabalho possa ser valorado”.¹⁰⁷ Ocorrendo a violação de formalidades durante os atos investigatórios por parte do defensor, há previsões de nulidade e sanções disciplinares, o que configura a doutrina denominada de “inutilização patológica”.¹⁰⁸

Além da coleta de informações de testemunhas, o defensor pode obter documentos e informações encontradas em poder da administração pública e acessar locais que interessem à defesa, como o local do crime. Franklyn Roger Silva ensina que na Itália o defensor possui a faculdade de requisitar documentos “diretamente à administração pública, desde que relacionados ao desenvolvimento da investigação defensiva. A prerrogativa permite a obtenção das respectivas cópias às próprias custas da defesa”.¹⁰⁹

Acerca do acesso aos locais relacionados com o delito é desnecessária a autorização prévia para acessar locais abertos ao público¹¹⁰. Por outro lado, “o defensor pode ingressar em lugares privados ou não abertos ao público para realizar diligências, desde que haja concordância pela parte que tem a disponibilidade do local”.^{111 112} Exceto quando há risco de perecimento, ocasião em que os atos probatórios são produzidos em incidente específico com a participação da defesa, os elementos produzidos na *indagine* preliminar italiana constituem tão somente atos de investigação. Destarte, a possibilidade de realização de uma investigação criminal defensiva por parte do defensor não significa o reconhecimento do contraditório.¹¹³

Após essa breve análise sobre a investigação desenvolvida pela defesa, interessante notar que a legislação italiana demorou um pouco a recepcioná-la porém, isso não impediu o seu exercício pelos advogados. Ou seja, a “edição de

¹⁰⁷ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun.2017, p. 241.

¹⁰⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Editora JusPODIVM. 2019, p. 252. “como exemplo, podemos indicar a falta de indagação inicial à pessoa ouvida, a despeito de sua condição de investigada no fato apurado, em razão da combinação dos arts. 3, 6 e 391-bis do Código de Processo Penal Italiano”(p. 252).

¹⁰⁹ SILVA, . 2019, op. cit., p. 259.

¹¹⁰ Ibidem, p. 263.

¹¹¹ MACHADO, op. cit., p. 122.

¹¹² Ressalta André Augusto Machado que “se não existir tal permissão, o defensor pode requerer a autorização de acesso ao Juiz, que deve proferir decisão fundamentada” (MACHADO, André Augusto. A investigação criminal defensiva. 2009. 2012 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 122).

¹¹³ ARAÚJO, op. cit, p. 243.

um conjunto de normas sobre a investigação defensiva tornou-se necessária para trazer maior segurança ao profissional da defesa técnica, além de buscar estimular a atividade investigativa de viés defensivo”.¹¹⁴

No Brasil espera-se que a recente e pouca legislação sobre o tema, não seja empecilho para o exercício da investigação pela defesa, uma vez que não existem vedações para tanto, desde que observados as garantias processuais fundamentais.

3.2. O MODELO NORTE-AMERICANO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Enquanto o sistema brasileiro adota o *civil law*, modelo romano germânico que tem na legislação positivada sua principal fonte, os Estados Unidos adotam o modelo do *common law*¹¹⁵, sistema em que o judiciário é o responsável pela construção e aprimoramento do direito.

Desde já pontua-se que, “por ser um modelo jurídico com características muito peculiares, não é possível fazer transposição adequada dos seus institutos para o ordenamento jurídico brasileiro”.¹¹⁶ Ou seja, é impossível fazer transplantes de figuras ou modelos para determinado sistema, mas tão somente traduções, das quais se podem retirar aspectos úteis e quem sabe aplicáveis para o outro sistema.

Como o sistema norte-americano admite um espaço reservado à defesa já na fase preliminar, bem como é um país em que a justiça negocial impera há mais tempo, é relevante analisar alguns institutos e o que a experiência pode revelar.

Nos EUA, é possível encontrar uma série de orientações destinadas ao exercício da defesa nos atos investigatórios e alguns precedentes que tratam do direito à defesa técnica. Todavia, “diferentemente da Itália, os Estados Unidos não

¹¹⁴ SILVA, 2020, op. cit., p. 50.

¹¹⁵ “A estruturação do sistema encontra-se escorada não em codificações, mas nas decisões proferidas pelos órgãos judiciais e seu consequente efeitos vinculante (*stare decisi*), ainda que modernamente haja uma tendência de maior abertura aos textos codificados (SILVA, 2019, op. cit., p. 273)”. “Ademais, o poder judiciário norte-americano se estrutura em dois âmbitos: deferencial e estadual. Assim, os Estados-membros tendo suas próprias Constituições, podem organizar seus sistemas, sendo que a maioria daqueles seguem o modelo federal encabeçado pela Suprema Corte (MACHADO, 2009, op. cit., p. 96-97)”.

¹¹⁶ MACHADO, op. cit., p. 96.

possuem um diploma legal com seção normativa destinada à disciplina da investigativa defensiva”.¹¹⁷

Ressalta-se que, inexistente um precedente destinado especificamente à atividade da investigação criminal defensiva, a Suprema Corte abordou pela primeira vez a questão ao julgar o caso *Strickland vs. Washington*, de 1984. De acordo com Diogo Malan, esse caso se destaca historicamente pelo “fato de a Corte ter reconhecido expressamente que o dever de investigação (*duty to investigate*) é um dos corolários lógicos do dever de proporcionar ao acusado uma defesa técnica efetiva”.¹¹⁸

Tendo em vista as características gerais sobre jurisdição e estrutura do judiciário norte-americano, observa-se um modelo essencialmente adversarial (*Adversarial system*). Nesse modelo processual, as partes possuem “tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação”.¹¹⁹

Franklyn A. da Silva faz interessante observação quanto à possibilidade de produzir provas, inclusive na fase preliminar. Para o autor¹²⁰ a atribuição dos encargos probatórios exclusivamente às partes, sem a intervenção judicial, pode levar a evidentes desproporções quando uma das partes dispõe de mais possibilidades (estrutura e orçamento) em comparação com seu adversário.

Nesse sentido, André Augusto Machado destaca algumas peculiaridades dos poderes de investigação da defesa na fase preliminar dentro do sistema processual estadunidense. Veja-se:

Também a defesa possui poderes investigatórios, podendo colher os meios de prova necessários para fundamentar suas alegações, devendo observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em Juízo. Lembra João Gualberto Garcez Ramos que, em razão da onerosidade da Justiça criminal norte-americana, as partes preferem produzir provas fora do Juízo e, posteriormente, introduzi-las nos autos, na forma documental, para a discussão durante o julgamento (...) Os meios de prova obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que expressamente admitidos pelo Juiz na etapa adjudicatória.¹²¹

¹¹⁷ SILVA, 2020, op. cit., p. 50.

¹¹⁸ MALAN, 2012, op. cit., p. 5.

¹¹⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

¹²⁰ SILVA, 2019, op. cit., p. 274-275.

¹²¹ MACHADO, op. cit., p. 100-101.

Diante disso, chega-se à conclusão de que “a investigação defensiva é plenamente admissível nos Estados Unidos da América, até mesmo por ser consequência natural do regime jurídico adotado neste país, que atribui às partes a iniciativa investigatória e probatória”.¹²²

Sabe-se que as emendas constitucionais são fontes conhecidas das garantias processuais nos EUA. Nesse sentido, ressalta-se a V emenda da Constituição dos EUA, a qual assegura o direito de não se autoincriminar, o direito ao devido processo penal e o direito de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*).¹²³

Já a VI emenda que institui direitos fundamentais ao cidadão aparece como um dos mais importantes marcos do processo penal consitucional norte-americano. Nela são garantidos o direito à razoável duração do processo, à publicidade, imparcialidade do juiz, a informação sobre a acusação que lhe é imputada, notificação para comparecimento compulsório das testemunhas de defesa,¹²⁴ bem como garante à defesa “o poder de arrolar testemunhas e inquirir aquelas que prestam depoimento em seu desfavor (*right to cross-examination*), além da própria garantia da defesa técnica”.¹²⁵

A doutrina aponta que o direito à prova defensiva e à defesa técnica encontra fundamento na VI emenda ao instituir como cláusula o direito “à notificação para comparecimento compulsório das testemunhas de defesa”, o qual não se limita em sua literalidade. Atualmente, prevalece o entendimento de que tal cláusula não apenas abrange “o direito ao comparecimento coercitivo das testemunhas de defesa, como também o direito à admissão em juízo dos elementos probatórios testemunhais propostos pelo acusado, desde que eles sejam lícitos e relevantes”.¹²⁶

¹²² Ibidem.

¹²³ “EMENDA V - Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”. (Acessado em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>).

¹²⁴ MALAN, op. cit., p. 3.

¹²⁵ SILVA, 2019, op. cit., p. 278.

¹²⁶ MALAN, op. cit., p.3.

De outro lado, a investigação criminal nos EUA não possui um rito pré-estabelecido. Por este motivo “os órgãos de persecução penal e a defesa possuem ampla discricionariedade na escolha dos meios probatórios”.¹²⁷ Todavia, tal discricionariedade na eleição de meios probatórios, especialmente quando se trata da atuação dos agentes públicos, é limitada pelos direitos protegidos em sua Constituição, como o direito de não produzir prova contra si mesmo (IV Emenda), direito à assistência por um advogado (VI Emenda) e o direito ao devido processo legal (XIX Emenda).¹²⁸

Inclusive, de acordo com a jurisprudência norte-americana, a exclusão das provas obtidas ilicitamente por agentes públicos tem como finalidade dissuadir tais condutas (*deterrent effect*).¹²⁹ Entretanto, aos particulares, incluindo os investigadores privados, tal regra não é aplicável. À isso, soma-se a ausência de regras estatais e a insubordinação aos limites constitucionais.

O direito norte-americano contempla o chamado *Discovery* ou *Disclosure* (o qual se distingue do *Disclosure* do direito inglês) “que se qualifica como uma fase pré-processual de aferição dos elementos de provas referentes aos fatos da causa, aplicada no direito processual civil”.¹³⁰ O *Disclosure* consiste num momento de compartilhamento recíproco de informações entre as partes, “com objetivo de evitar o fator surpresa que se instala no processo, ao mesmo tempo em que incentiva a conciliação entre as partes, evitando-se o ajuizamento de demandas perante o Judiciário”.¹³¹ Assim, na medida em que a parte exhibe o material probatório que possui, torna-se possível avaliar os desdobramentos do processo.

Ao sofrer inevitável influência do instituto no âmbito civil, o processo penal norte-americano incorporou preceitos de compartilhamento das provas e transparência prévia na revelação dessas.

Nada obstante a carência de limites à atuação do investigador profissional, a jurisprudência americana acentua a importância de diretrizes trazidas pela *American Bar Association* (órgão similar à nossa Ordem dos Advogados), diretrizes

¹²⁷ ARAÚJO, op. cit., p. 236.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem, p. 237.

¹³⁰ SILVA, 2020, op. cit., p. 50.

¹³¹ Ibidem, p. 51.

essas que funcionam como importante referencial ao estabelecer padrões para o que se considera uma investigação efetiva.¹³²

A ABA possui regras sobre a função defensiva, encontradas na parte IV (*Investigation and Preparation*) das chamadas *Criminal Justice Standards for the Defense Function* (conjunto de regras editadas pelo órgão). Tal disposição deixa claro que o defensor tem o dever de preparar e investigar todo e qualquer caso, sendo irrelevante a condição jurídica da defesa do imputado.¹³³ Assim, o defensor deve focar em fontes que possam trazer informações relevantes dos fatos, influir no deslinde do procedimento ou impactar na realização de acordos ou aplicações de sanções.¹³⁴

As regras da ABA deixam claro que a investigação defensiva não é conduzida apenas pelo advogado, mas também por outros especialistas, como investigadores privados, peritos e assistentes, desde que os serviços solicitados sejam consentidos pelo investigado.¹³⁵

Ademais, o *Standard 4-4.2* veda ao defensor a possibilidade de empregar meios ilícitos ou antiéticos para obtenção de provas ou informações.¹³⁶ Nesse sentido, no Brasil, o Provimento da 118/2018 da OAB, em seu Art. 5º prevê que durante a realização da investigação, o advogado preservará o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e outros direitos e garantias dos envolvidos.¹³⁷

As regras da ABA também dispõem sobre a regular identificação de testemunhas na atividade defensiva¹³⁸ e permite a utilização de *expert witnesses*,

¹³² ARAÚJO, 2017, op. cit., p. 238-240.

¹³³ PART IV INVESTIGATION AND PREPARATION: *Standard 4-4.1 Duty to Investigate and Engage Investigators - (a) Defense counsel as a duty to investigate in all cases, and to determine whether there is a sufficient factual basis for criminal charges.* Acessado em 12/09/2020 em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/

¹³⁴ SILVA, 2019, op. cit., p. 333.

¹³⁵ *Standard 4-4.1 Duty to Investigate and Engage Investigators (...) (d) Defense counsel should determine whether the client's interests would be served by engaging fact investigators, forensic, accounting or other experts, or other professional witnesses such as sentencing specialists or social workers, and if so, consider, in consultation with the client, whether to engage them. Counsel should regularly re-evaluate the need for such services throughout the representation.*

¹³⁶ SILVA, 2019, op. cit. p. 338.

Standard 4-4.2 Illegal and Unethical Investigation Prohibited – Defense counsel should not use illegal or unethical means to obtain evidence or information, or employ, instruct, or encourage others to do so.

¹³⁷ Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

¹³⁸ *Standard 4-4.3.*

valendo-se de informações prestadas por um especialista (profissional) no assunto.¹³⁹ Assim como no Provimento da OAB, o *Standard 4-4.7* veda à defesa que essa destrua ou macule o material probatório, além de exigir que o defensor ou investigador tome as medidas necessárias para garantir que as evidências físicas sejam preservadas.¹⁴⁰

Além do já exposto, os *Standards* da ABA trazem considerações relevantes sobre a condução da defesa. Por exemplo, através da previsão contida no *Standard 4-5.2*, fica evidenciado que o controle do litígio, no que toca à defesa, não significa que todas as decisões referentes ao caso devam ser tomadas exclusivamente pelo defensor, mas caberá sempre ao advogado ponderar essa iniciativa, levando em consideração as manifestações do próprio acusado¹⁴¹. Dessa forma, “o papel de supervisão defensiva obriga o profissional a se inteirar e acompanhar o caso, especialmente pela possibilidade de ele próprio assumir a condução da defesa quando assim for o desejo do próprio acusado”.¹⁴²

De outro lado, a ABA reconhece que há uma deficiência no custeio das atividades de assistência jurídica dos hipossuficientes, reconhecendo a necessidade de fortalecer o investimento na defesa pública criminal, como algo essencial para o reconhecimento de acordos firmados entre acusação e imputado.¹⁴³

Nos Estados Unidos, a depender do Estado, podem ser encontrados distintos sistemas de assistência jurídica aos hipossuficientes. O primeiro modelo consiste em escritórios de advocacia (privados) que mantém contratos com o governo para prestar serviços de assistência jurídica. Já no segundo modelo, tem-se a Defensoria Pública constituída por órgãos criados pelo Estado e ocupados por servidores públicos. Franklyn Roger Silva destaca que “nos Estados em que se adotou o modelo de Defensoria Pública (*Public Defender’s Office*) não encontramos tamanha similaridade com o modelo de assistência jurídica pública implementado no Brasil”.¹⁴⁴

¹³⁹ *Standard 4-4.4 (a)*.

¹⁴⁰ ARAÚJO, 2017, op. cit., p. 239.

¹⁴¹ SILVA, 2019, op. cit. p. 354, 358.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 329.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 331. Ainda sobre isso o autor destaca que: “Convém admitir que o modelo público não está imune a falhas. A doutrina já apontava há décadas a falta de transparência no processo de

Observa-se que, “não obstante o modelo norte-americano seja exemplo em vários aspectos jurídicos, a assistência jurídica no país não serve como parâmetro de reflexão, e, neste ponto, o Brasil apresenta um modelo muito mais eficiente e inclusivo”.¹⁴⁵ Desse modo, a ausência de uniformidade na assistência jurídica dos estados norte-americanos, inviabiliza que os hipossuficientes tenham acesso à um serviço completo, não assegurando todos os meios para a construção de suas teses de defesa.

Por fim, nota-se que a *indagine defensive* na Itália e o *disclosure* norte-americano, trazem grandes contribuições para a atuação de uma defesa efetiva. Tais institutos permitem que o defensor e o imputado tenham “um panorama dos elementos que recaem em seu desfavor e, diante dessa conjuntura, realizar diligências no interesse da defesa, as quais servirão para robustecer a atividade probatória realizada na instrução processual”.¹⁴⁶

Realizada a análise dos principais aspectos das investigação realizada diretamente pela defesa na Itália e nos Estados Unidos, passa-se a examinar a compatibilidade e a fundamentalidade de uma advocacia defensiva dentro do sistema processual penal brasileiro.

3.3. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A SUA FUNDAMENTALIDADE

Tendo em vista as diversas formas de atuação da defesa na fase investigativa em outros países, observa-se que a regulamentação no sistema jurídico brasileiro ainda é tímida. Porém, nos últimos anos, não restam mais dúvidas sobre a ausência de vedação à participação do defensor na fase investigativa.

Contudo, questão elementar reside em conhecer os fundamentos jurídicos e constitucionais que justificam a necessidade e a viabilidade da investigação defensiva no sistema jurídico brasileiro.

ingresso, muitas das vezes, derivado de indicações políticas, promoções e remoções sem critério muito claros, e a questão da fixação da remuneração dos Defensores Públicos” (Ibidem, p. 331).

¹⁴⁵ Ibidem, p. 333.

¹⁴⁶ BALDAN, Édson Luís. *Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 27, n. 322, set. 2019. p. 7-8.

Sobre o direito à ampla defesa, Diogo Malan assevera que este não se esgota em seu teor literal, mas “engloba diversas faculdades do acusado, corolários lógicos do direito à ampla defesa que igualmente se revestem de dignidade normativa constitucional”.¹⁴⁷

Destarte, de acordo com Giuseppe Bettiol, “a Constituição é uma garantia e um limite intocável para além da sua própria revisão”.¹⁴⁸ Assim, vale lembrar que a nossa Constituição no Art 5º, inciso LV, da CF, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Destaca-se que o inciso LV, do art. 5º, da CF, mostra-se expressamente garantista. Da mesma forma, alegar que o legislador não utilizou a expressão “indiciados” no intuito de afastar tal direito na fase preliminar, também é uma interpretação que não deve ser acolhida. Nesse ponto, ressalta-se que a expressão empregada não foi só “acusados”, mas sim “acusados em geral”, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma imputação em sentido amplo.¹⁴⁹

Considerando o inquérito policial como um procedimento administrativo que dá subsídios para a instauração da ação penal, a interferência da defesa na fase preliminar torna-se possível e viável, a fim de evitar o próprio processo penal e os inúmeros estigmas decorrentes. Assim, a ampla defesa garantida na Constituição Federal, demanda a participação da defesa antes da instauração do processo.

Nesse sentido, Aury Lopes¹⁵⁰ assevera que, não há como afastar o sujeito passivo na investigação preliminar da abrangência da proteção, pois seria indiscutível que o investigado se encaixa na situação de “acusados em geral”. Por tal razão, o direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça.

¹⁴⁷ Malan, Diogo Rudge. *Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988*. In: _____; Prado, Geraldo; (orgs.). *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República (LGL\1988\3)* de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 143-186.

¹⁴⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e de Processo Penal*. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974, p.76.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 283-284.

¹⁵⁰ LOPES JR., 2001, op. cit. p. 305.

Entretanto, o direito de defesa sem qualquer limite exige especial atenção, pois, do contrário se configura sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar e para o combate eficaz da criminalidade.

Por outro lado, deve-se atentar para o fato de que a absoluta inexistência de defesa afronta os mais basilares postulados do processo penal moderno. Nesse sentido, Aury Lopes, mencionando Jose Guarnieri aponta as vantagens da defesa na investigação e na instrução: *“la defensa en el periodo instructorio es indudable que presenta defectos, pero sus ventajas son mucho mayores y no sirven para obscurecerlas las objeciones de sus enemigos”*.¹⁵¹

Dessa maneira, não há como negar a existência de espaço para o exercício da ampla defesa e de certo grau de contraditório na fase do inquérito policial. Trata-se de “uma ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias fundamentais, que, em última análise, como bem definiu Ferrajoli, es *la ley del mas debil*”.¹⁵²

Todavia, é necessário atentar para os limites desse contraditório a ser exercido, o qual será, por óbvio, mais limitado do que aquele presente na fase processual.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que a fundamentalidade do direito à prova e à ampla defesa está insculpida na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LVI, o qual proíbe a admissão de provas ilícitas¹⁵³. Da mesma forma, no inciso LV, do referido artigo¹⁵⁴, “ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional explicitamente faz referência à asseguuração dos meios inerentes a essa; e, entre tais meios inerentes, está, por óbvio, o direito à prova¹⁵⁵”.

De outro lado “a fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica”.¹⁵⁶ Nesse ponto, pode-se dizer que a busca da verdade, não como ideal absoluto, mas como limitador da atuação do juiz, legitima a atuação da defesa na fase de investigação,

¹⁵¹ Ibidem, p. 305.

¹⁵² Ibidem, p. 285.

¹⁵³ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹⁵⁴ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁵⁵ RAMOS, Vitor de Paula. *Direito fundamental à prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-61, out. 2013. p. 44.

¹⁵⁶ RAMOS. 2013. Op. cit., p. 44.

permitindo reunir o maior número de elementos e informações para chegar o mais próximo à realidade dos fatos como eles ocorreram.

Ademais, as garantias judiciais fundamentais e, por conseguinte, o direito à atividade probatória e à defesa técnica (que envolve meios e tempo adequados para a preparação da defesa) são previstos nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁵⁷ e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.¹⁵⁸ Anote-se que “acerca de tratados internacionais de tutela dos direitos humanos, eles são incorporados com hierarquia de normas constitucionais, por força do teor do art. 5º, § 2º, da CF/1988”.¹⁵⁹

Pontua-se, assim, que a ampla defesa é direito inarredável do processo penal, podendo ser exercida já na fase pré-processual, sendo a produção probatória momento fulcral na concretização desses direitos. Nessa perspectiva, ensina Ada Pellegrini Grinover que, “o concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões da parte, ou seja, de estas poderem servir-se das provas”.¹⁶⁰

Nessa esteira, desde a investigação, a defesa e o imputado têm pleno interesse na condução e no desenrolar investigativo, fazendo o possível para que uma acusação infundada não seja levada à cabo. Nesse ponto, Franklyn Roger Silva partindo do pressuposto de que a defesa e seu imputado também são sujeitos da relação processual, sustenta que “impeditivo não há ao exercício de atividade

¹⁵⁷ A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8º, itens 1 e 2, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘f’, as garantias judiciais mínimas para o acusado e dali se extrai o direito à atividade probatória, especialmente quando são assegurados a defesa técnica, o tempo e os meios necessários para preparação da defesa (SILVA, Franklyn Roger Alves. *A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal*. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan.-abr. 2020, p. 56).

¹⁵⁸ “O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), por sua vez, consagra os direitos a: “dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” (art. 14, 3, b) e “obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação” (art. 14, 3, e, in fine) (...) O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – promulgado no Brasil pelo Dec. 4.388/2002 – também assegura aos acusados o direito a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação das suas defesas (art. 67, 1, b), obter o comparecimento das testemunhas de defesa na mesma condição das testemunhas da parte processual acusadora e “apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto” (art. 67, 1, e”. (MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio-jun. 2012, p. 9.).

¹⁵⁹ MALAN, 2012, op. cit., p. 9.

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 137.

de investigação. A natureza do interesse deduzido pelo sujeito não pode ser fator determinante a impedir a coleta de elementos”.¹⁶¹

À despeito de tais fundamentos normativos, a falta de regras infraconstitucionais que disciplinem o assunto causa certo receio, pois pode parecer que inexistente espaço para a investigação direta pela defesa no Brasil. Porém, através de uma análise mais acurada do princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade e da atividade probatória é suficiente para rechaçar tal receio¹⁶².

Olvida-se que, apesar da necessária repetição dos atos da investigação no processo, durante o inquérito muitos atos que adentrarão e servirão de subsídio às decisões jurisdicionais não mais se repetirão no processo (provas irrepetíveis). Aliás, nesse ponto, Marta Saad mostra que “justamente por ser o inquérito uma etapa muito importante para a obtenção de meios de provas (...), o acusado deve contar com assistência de defesa já nessa fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa”.¹⁶³ Insta salientar que o sujeito investigado, não é objeto de investigação, mas sujeito de direitos, isto é, “o indivíduo é, aliás, sujeito de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre”.¹⁶⁴

Assim, a ampla defesa aparece como garantia individual e direito fundamental prevista na Constituição já na fase preliminar. Nas palavras de André Mendes Machado, a investigação defensiva é “a garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”.¹⁶⁵

Enfim, o direito à investigação defensiva, se ampara: “(a) no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa; (b) na garantia da paridade de armas”.¹⁶⁶ Isto é, a investigação defensiva constitui instrumento capaz de efetivar a paridade de armas, pois poderá ser exercida não apenas até a fase acusatória, mas para “fornecer subsídios em

¹⁶¹ SILVA, 2019, op. cit., p. 380 e 383.

¹⁶² Ademais, o escasso tratamento dado pela doutrina e jurisprudência à primeira etapa da persecução penal, reforça ainda mais a falta de importância dada a participação das partes em tal fase, deixando a investigação nas mãos da autoridade policial.

¹⁶³ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9), p. 200.

¹⁶⁴ Ibidem., p. 206.

¹⁶⁵ MACHADO, 2009, op. cit., p. 119.

¹⁶⁶ MALAN, 2012, op. cit., p. 10.

qualquer fase ou grau procedimental, inclusive para eventual embasamento de uma revisão criminal ou para aspectos na seara da execução penal”.¹⁶⁷

Além da previsão constitucional do direito à ampla defesa, a Lei nº. 8.906 de 1994 (Estatuto da OAB) e a Lei complementar nº. 80 de 1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), asseguram a assistência jurídica ao indiciado, desde o inquérito policial.

No entanto, para alguns autores, a escassez de normas de tratamento da investigação defensiva, e a falta de limitações sobre a realização de diligências e sobre o uso dos resultados obtidos na investigação defensiva denunciam a imediata necessidade de regulamentação. Entretanto, pontua-se que a excessiva preocupação acerca da ausência de regulamentação pode se tornar, de fato, um óbice à implantação de uma cultura que veja com bons olhos a atuação do defensor no inquérito.

Cabe ainda, mencionar rapidamente o que a jurisprudência diz sobre a investigação defensiva. Nesse sentido, Édson Baldan, defende ser ela uma imperiosidade, tomando por base o RE 593.727/MG¹⁶⁸ em que foi reconhecida a possibilidade de exercício investigatório direto pelo órgão da acusação -, pois entendimento contrário violaria não apenas o devido processo penal, mas também o tratamento isonômico entre acusação e defesa.¹⁶⁹

Não se pode olvidar que no sistema jurídico pátrio, além da investigação dirigida pela autoridade policial oficial, o Ministério Público tem a faculdade de realizar de forma direta as diligências investigativas. O órgão ministerial “dispõe de vastos poderes e recursos materiais e humanos para investigar infrações penais, podendo requisitar diligências e instauração de inquérito policial à Polícia Judiciária (art. 129, VIII, da CF/1988)”.¹⁷⁰

Nessa perspectiva, é que “se afigura imperativo que o acusado disponha dos mesmos poderes investigativos ao alcance do Ministério Público, em homenagem ao princípio da *par condicio*”.¹⁷¹

¹⁶⁷ SILVA, 2020, op. cit., p. 64.

¹⁶⁸ DJe Nº 181, divulgação 24/09/2009, Publicação 25/09/2009. Repercussão geral em Recurso Extraordinário 593.727-5 Minas Gerais. Min Rel. Cezar Peluso. Acessado em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603182>.

¹⁶⁹ BALDAN, op. cit; 2019. p. 7-8.

¹⁷⁰ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio-jun. 2012, p. 10.

¹⁷¹ Ibidem.

De outro lado, surgem alguns argumentos que buscam deslegitimar a investigação pela defesa. O primeiro se funda na imparcialidade dos órgãos do Estado (Polícia judiciária e Ministério Público) e o segundo no protagonismo do juiz na gestão probatória, juiz esse que deve produzir elementos favoráveis ou não ao acusado.

Sobre o primeiro fundamento, Diogo Malan, alerta que “quem investiga determinados fatos precisa previamente formular determinada hipótese acerca desses fatos, que a subsequente investigação confirmará ou não”.¹⁷² Quanto ao segundo argumento, assinala que cabe às partes protagonizar a instrução probatória (num sistema que visa o acusatório), a fim de garantir a imparcialidade do juiz, sendo que, mesmo afirmando-se a necessidade de poderes probatórios ao juiz, isso não torna desnecessária a investigação defensiva.¹⁷³

Posto isso, verifica-se que a investigação defensiva pode sim ser considerada como direito fundamental no Brasil, pois é corolário de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição, visando o equilíbrio processual mínimo entre o Estado e Investigado/acusado.

Sendo assim, não menos importante é examinar as normas que já existem sobre o tema, e sobretudo, as possibilidades e as finalidades não só da investigação realizada pela defesa, como de uma postura defensiva em todas as fases do processo penal.

4. REGULAMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL: LIMITES, OBJETIVOS E POSSIBILIDADES

4.1. LIMITES AO CONTRADITÓRIO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, NORMAS E PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA NA FASE PRELIMINAR

No processo penal brasileiro a intervenção/atuação da defesa, na maioria das vezes, ocorre, tão somente, quando essa é chamada ao processo para responder à acusação. Da mesma forma, a produção de provas, sejam as irrepetíveis realizadas durante o inquérito policial sejam as demais provas

¹⁷² Ibidem, p. 11.

¹⁷³ Ibidem.

produzidas na instrução acabam sendo comumente dirigidas pela acusação e pelos órgãos oficiais (polícia judiciária).

Assim, a participação ínfima da defesa na produção probatória, e especialmente, na fase preliminar parecem características incrustadas na cultura e na postura dos defensores e advogados. Talvez, esse quadro não seja apenas decorrência da repetição dos hábitos da advocacia criminal, mas decorra de certa desídia por parte da defesa na fase pré-processual, não sendo dada a necessária relevância ao inquérito policial na formação da opinião do juiz que será externada na sentença.

Em realidade, o espaço reservado à defesa na investigação preliminar deveria ser visto como uma necessidade, o qual deve ser aproveitado para que a defesa faça o contraponto com as imputações na antessala processual, não deixando que uma voz uníssona ecoe e domine o “livre” convencimento do julgador.

Nesse ponto, em harmonia com o art. 14, do CPP e art. 7º, XXI, da Lei nº. 8.906 (Estatuto da advocacia e da OAB)¹⁷⁴, a investigação defensiva possui papel fundamental no exercício da defesa preliminar.

Em vista disso, pensar nos limites de atuação da defesa na fase pré-processual é um dos pontos mais relevantes sobre o tema, porquanto traçar limites mais claros ao papel do defensor na fase preliminar está intrinsecamente ligado com os objetivos da defesa. Ou seja, é preciso ter cautela para que uma atuação excessiva não implique no prolongamento excessivo do inquérito policial, de modo a prejudicar a eficácia das investigações ou tornar o processo penal ainda mais moroso, prejudicando o próprio investigado.

Dessa forma, os limites do contraditório na fase preliminar encontram-se na garantia da investigação¹⁷⁵, a fim evitar prejuízos ao procedimento ou o seu prolongamento demasiado, o que poderia ser impedido por previsões normativas e prazos cogentes para as diligências realizadas seja por parte da defesa ou da acusação.

¹⁷⁴ Art. 7º São direitos do advogado: (...) XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).

¹⁷⁵ CAMBI, eduardo; CAMARGO Gerson Ziebarth. Limites, possibilidade e consequências da extensão do contraditório ao inquérito policial. Revista dos Tribunais | vol. 980/2017 | p. 331 - 348 | Jun / 2017 DTR\2017\1467, p. 6.

Eduardo Cambi e Gerson Z. Camargo¹⁷⁶ sustentam que, embora não se possa conceber a plenitude do contraditório durante a fase de investigação, posto não estar presente a estrutura dialética que caracteriza o processo, é possível assegurar, desde que não haja prejuízo à investigação, informações quanto aos elementos de prova já documentados para facilitar o exercício do direito de defesa. Destaca-se que se houvesse um contraditório pleno, conforme escreve Fauzi Hassan Choukr, “a investigação preliminar tornar-se-ia um mecanismo a mais de inchaço e uma deformidade no já combalido sistema pré-processual”.¹⁷⁷

Contudo, é importante observar que o direito de defesa no inquérito “nasce como direito-réplica, ou seja, da agressão imposta pela imputação ao sujeito passivo, ou das diligências e vigilância policial, autoriza-se ao sujeito passivo a resistência em sentido jurídico-processual”.¹⁷⁸ Assim, para alguns autores é plenamente possível “sustentar a extensão da garantia do contraditório à fase pré-processual, seja para assegurar o direito à informação, mas também a possibilidade de reação e influência, quando tal atuação não compromete a eficácia das investigações”.¹⁷⁹

Quanto à realização de diligências pelo defensor ou por um investigador, o Provimento nº. 188/2018 da OAB, em seu art. 5º, traz princípios gerais que devem orientá-las, ao dispor que no decorrer da investigação, o advogado deve preservar certos direitos e garantias individuais, como a privacidade, a dignidade e o sigilo das informações obtidas.¹⁸⁰

Tão importante quanto averiguar os (poucos) limites existentes para a atividade defensiva, é perquirir a regulamentação infralegal existente, especialmente no que tange às atividades possíveis pelo defensor e as suas prerrogativas.

Ressalta-se, desde já, que a regulamentação ainda é escassa e deixa muitas lacunas sobre o que o advogado e investigadores podem ou não fazer na

¹⁷⁶ Ibidem, p. 5.

¹⁷⁷ CHOUKR, 2006, op. cit., p. 128.

¹⁷⁸ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning. A lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal: garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 159/2019, p. 261-296, Set/2019.

¹⁷⁹ CAMBI, eduardo; CAMARGO Gerson Ziebarth, 2017, op. cit., p. 5.

¹⁸⁰ Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

investigação. Nesse sentido, a falta de limitação expressa pode culminar em inúmeros problemas e até mesmo macular e inviabilizar a advocacia defensiva no já moroso processo penal brasileiro.

Dessa maneira, as previsões normativas definem, ainda que não de maneira tão verticalizada como seria o ideal, as possibilidades e limites da atuação do defensor e de outros profissionais. Verifica-se, pois que, “a expressa previsão da possibilidade de colheita direta de elementos de informação pelo defensor representa importante passo na consolidação de uma efetiva garantia à ampla defesa e à paridade de armas no processo penal”.¹⁸¹

Em primeiro lugar, lembre-se que o direito de defesa no processo penal e na fase preliminar subdivide-se em autodefesa e defesa técnica. Essa última é aquela exercida pelo defensor, a qual para a doutrina, ao menos na fase processual, é considerada indisponível, garantindo a paridade de armas, condição imprescindível para a concreta atuação do contraditório.¹⁸²

Não obstante, o exercício da defesa técnica por um profissional capacitado seja um direito inatacável, a intervenção de um advogado não representa total autonomia na condução da atividade defensiva, devendo ser observada e respeitada a autodefesa do imputado. Por isso, apesar de existir uma indepedência entre a defesa técnica e a autodefesa exercida pelo acusado, é essencial garantir à esse último o direito de se defender, permitindo-lhe refutar a própria defesa técnica, se for o caso.

Dentre as normas que tratam da atuação da defesa técnica na fase preliminar, menciona-se como importante fonte normativa, a Lei nº. 13.245/2016 que alterou o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, demonstrando a persistente atenção legislativa para com a defesa dos cidadãos

¹⁸¹ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 294, jan./abr. 2020.

¹⁸² LOPES JR., 2001, op. cit., p. 306. Ademais, acentua o autor que “Neste sentido, a Constituição garante, no art. 52, LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Para efetivar tal garantia, o sistema brasileiro possui uma elogiável instituição: a Defensoria Pública, prevista no art. 134 da CB, como instituição essencial à função jurisdicional. do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. A necessidade da defesa técnica esta expressamente consagrada no art. 261 do CPP, onde se pode ler que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no Processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 307).

perante o Estado-Leviatã. Desse modo, em busca de conter o poderio estatal, a Lei supracitada modifica a Lei nº. 8.906/94 (Estatuto da OAB) e “possibilita ao advogado a atuação livre e destemida em sede de investigações preliminares, desta forma, contribui para o reforço de garantias constitucionais”.¹⁸³

A Lei nº. 8.906/94 (Estatuto da OAB), a Lei nº. 80/1994 (Lei que organiza a Defensoria Pública) e a súmula vinculante nº. 14, do STF, asseguram que a defesa tenha acesso aos autos de investigação.¹⁸⁴ Aqui, a súmula nº. 14 do STF, afirma o direito do defensor de ter acesso amplo aos elementos de prova já documentados no procedimento investigatório realizado pela polícia judiciária.¹⁸⁵

De outro lado, a Lei nº. 13.793/2016 que inseriu o inciso XIV no art. 7º do Estatuto da Advocacia ampliou a participação advogado na fase investigativa, inserindo o direito do advogado de: examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital¹⁸⁶. Ou seja, é uma prerrogativa do advogado examinar os autos da investigação no momento em que for necessário ao exercício do direito de defesa, viabilizando o acesso aos autos, inclusive quando estejam conclusos com a autoridade responsável pela

¹⁸³ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning, 2019, op. cit.

¹⁸⁴ “O direito de informação foi substancialmente reforçado, já que o acesso aos autos da investigação será franqueado não somente nas repartições policiais, mas também expandindo-se para permitir o acesso a investigações conduzidas pelo Ministério Público, pelo COAF, Receita Federal ou qualquer outro órgão do poder público independentemente da natureza da investigação (criminal, administrativa, tributária ou qualquer outra), mantendo a limitação do acesso somente aos atos já documentos (art. 7º, § 11º) com o fim de evitar prejuízo ao resultado fim de diligências em andamento” (MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning. A lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal: garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 159/2019, p. 261-296, Set/2019, p. 2).

¹⁸⁵ Súmula Vinculante 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

¹⁸⁶ “O advogado terá direito a ter acesso a todos elementos da investigação, excetuando-se as diligências em andamento (§ 11 do art. 7º), e a retirada de qualquer do caderno investigatório ou a não inclusão de ato já realizado no caderno de investigação com o intuito de prejudicar o direito de defesa configuram o crime e abuso de autoridade (§ 12 do art. 7º)” (MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning. A lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal: garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 159/2019, p. 261-296, Set/2019).

investigação.¹⁸⁷ Aliás, o próprio acesso aos autos consagrado no art. 7º, inciso XIV, da Lei nº. 8.906/1994 representa a manifestação do direito de informação que constitui o primeiro momento do contraditório.¹⁸⁸

Carlos Hélder Mendes frisa que outro avanço da Lei nº. 13.793/2016 foi a nova redação do art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia¹⁸⁹, trazendo que o advogado poderá assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, por conseguinte, de todos os atos e elementos investigatórios e probatórios derivados.¹⁹⁰ Nessa esteira, sustenta Aury Lopes Júnior que há expressa previsão legal de nulidade absoluta, caso o advogado seja impedido de assistir seu cliente.¹⁹¹

Ademais, é preciso ressaltar o Provimento nº. 188/2018 da OAB, o qual embora com um brevíssimo texto, trouxe uma concepção de investigação defensiva, alguns contornos e algumas das suas finalidades. Assim, em seu art. 1º, o Provimento define a investigação defensiva, como o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, que visa à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte, com ou sem assistência de consultor técnico ou profissional legalmente habilitado¹⁹².

Antes de tudo, nota-se que a definição trazida pelo Provimento 188/2018 em muito se aproxima do conceito da doutrina proposto por Luís E. Baldan já abordado neste trabalho. Outrossim, tanto a norma quanto a doutrina, caracterizam a investigação defensiva como um conjunto de atividades de natureza investigatória que pode ser desenvolvido em qualquer fase da persecução penal,

¹⁸⁷ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning, 2019, op. cit.

¹⁸⁸ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning, 2019, op. cit.

¹⁸⁹ O direito do advogado assistir seus clientes investigados compreende a possibilidade de que o advogado se faça presente e acompanhe não somente o interrogatório de seu cliente investigado como também os demais atos de investigação tais como, o depoimento de testemunhas, a oitiva da vítima, eventual reconstituição simulada dos fatos e a produção de qualquer outra "prova" que não esteja sujeita ao regime dos métodos ocultos de investigação. (MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning. A lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal: garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 159/2019, p. 261-296, Set/2019).

¹⁹⁰ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning, 2019, op. cit.

¹⁹¹ LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 176.

¹⁹² Provimento nº. 188/2018 da OAB, art. 1º.

com ou sem assistência de um técnico habilitado.¹⁹³ Aqui é que se encontra a figura do investigador particular, a qual será analisada mais adiante.

Denota-se que o objetivo da investigação defensiva deve ser o de reunir acervo probatório lícito. Porém, nem o Provimento nº.188, nem a Legislação infraconstitucional especificam o que poderia ser considerado ilícito, ou o que poderia vir a ter um caráter ilícito a depender de como o defensor ou investigador obteve aquela prova ou elemento informativo. Nessa esteira, o Provimento da OAB muito pouco estabeleceu sobre os modos de conduzir as atividades que o advogado poderá realizar, e, por isso, não deixou claro os limites na condução desta ou o modo como poderá ser valorada o acervo probatório provas obtido.

Interessante citar que em seu art. 2º, o Provimento nº. 188 também dispõe que a investigação defensiva pode ser desenvolvida para além da etapa da investigação preliminar, mas também durante a instrução, na fase recursal e na execução penal. Isto é, a investigação defensiva compreende mais do que as atividades realizadas durante a fase da investigação criminal, e, por isso, pode e deve ser exercida durante todas as fases do processo. Ainda, o art 6º do Provimento desobriga os advogados e demais profissionais envolvidos de prestar informações sobre os fatos investigados.

Depois de analisar as principais normas que regulamentam a investigação exercida pela defesa no Brasil, identificam-se alguns contornos e limites, mas não tão claros sobre tal atividade. Por isso, faz-se mister verificar na prática da advocacia alguns exemplos na atuação, tipos de diligências possíveis, bem como suas utilidades para a investigação preliminar defensiva, o que será realizado a seguir.

4.2. DILIGÊNCIAS POSSÍVEIS NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PAPEL DO INVESTIGADOR PARTICULAR

Algumas orientações e diretrizes para a atuação da defesa na fase preliminar foram trazidas pelo Provimento nº. 188/2018 da OAB, como visto acima.

O único dispositivo que dá alguns exemplos de diligências possíveis por parte do advogado é o art. 4º do Provimento¹⁹⁴, dispondo que o advogado pode

¹⁹³ BALDAN, 2007. Op. cit., p. 269.

promover, ele mesmo, todas as diligências necessárias para esclarecer o fato. Exemplifica, assim, algumas das possíveis diligências investigatórias feitas pelo defensor, com auxílio de um profissional, como elaborar laudos e perícias, solicitar informações em órgãos públicos ou privados.

Nota-se, em primeiro lugar, que a normativa permite ao advogado realizar diretamente as diligências necessárias ao esclarecimento do fato. Em seguida, tão somente enumera alguns tipos de diligência e no parágrafo único dispõe que colaboradores e profissionais poderão auxiliar o advogados na realização da investigação.

Cabe analisar então, quais seriam as diligências que podem ser realizadas pelo defensor na fase preliminar. Como prevê o art. 4º já citado, buscar informações em bancos de dados públicos é uma dessas medidas, “seja por ato próprio ou por ato delegado, através, por exemplo, das pesquisas em sítios virtuais da rede mundial de computadores – internet, em especial a consulta em perfis públicos das diversas redes sociais hoje utilizadas.”¹⁹⁵ O advogado também pode se valer de informações disponibilizadas em diários oficiais.

Sugere-se como outra fonte importante as certidões públicas que o Estado disponibiliza, como as obtidas nos Tribunais, na Justiça Eleitoral, na Receita Federal, nos Cartórios e no Banco Nacional de Mandados de prisão, a fim de encontrar informações sobre a vida dos investigados. Gabriel Bulhões N. Dias sugere “que o profissional reduza a diligência à termo, datando-a e assinando-a, e apresentando aquele registro com os *printscreen's* em anexo, como resultado documental da pesquisa investigativa”.¹⁹⁶

Da mesma forma, o advogado pode solicitar informações públicas por meio de consultas formais em instituições públicas. Nesse ponto, a Lei de acesso à

¹⁹⁴ Art 4º. Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

¹⁹⁵ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 158.

¹⁹⁶ Ibidem.

informação (Lei nº. 12.527/2011) é instrumento a ser consultado para a verificação de possibilidades e procedimentos adequados à solicitação de informação¹⁹⁷.

Nesse sentido, Alexandre Moraes da Rosa¹⁹⁸ demonstra os possíveis usos da referida norma de acesso à informação: a) requerimento formulado ao Ministério Público que indicará se existe alguma investigação em desfavor do requerente, mesmo sem indiciamento; b) pedido de informações sobre a credibilidade dos policiais e servidores públicos que atuaram em investigações; c) pleito de informações sobre a localização de viaturas e dos celulares oficiais que fizeram as abordagens respectivas, a partir de dados do GPS, para demonstrar a veracidade ou não das informações; d) direito de se obter a integridade das mídias no caso de interceptação telefônica para fins de defesa de direitos individuais, inclusive em sede de revisão Criminal; e) direito de saber se algumas testemunha foi ouvida ou alguma prova e diligência foram realizadas, mas não materializadas nos autos; f) pedido de informação sobre a existência de alguma investigação em curso, como por exemplo, verificar se ocorreu algum pedido de interceptação de comunicação telefônica.

O advogado também pode requisitar informações através de notificação extrajudicial pública ou privada, instruídas dos registros necessários. Além disso, por meio da colaboração de entidades privadas ou públicas, pode solicitar as imagens de vigilância ou de câmeras de segurança, lembrando que a atividade advocatícia não possui poder de polícia ou cogência.¹⁹⁹

Outra medida relevante é a inquirição de testemunhas realizada no escritório do advogado, “devendo ser integralmente gravado, e o resultado deve ser compilado em registro audiovisual, o qual deverá vir sempre anexo a um Termo de Comparecimento Voluntário e Consciente em qualquer suporte de mídia digital”.²⁰⁰

¹⁹⁷ O profissional, preferencialmente, deve se valer de ofício ou outro documento formalizado, fundamentando sempre com base na Lei de Acesso à Informação, que em seu art. 21 traz disposições expressas acerca da proibição de se negar “acesso informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”, sendo certo que a defesa criminal e a defesa dos interesses da vítima de crime(s) se inserem nessa leitura de tutela de direitos fundamentais (DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 158).

¹⁹⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 732.

¹⁹⁹ DIAS, 2018, op. cit., p. 158.

²⁰⁰ Ibidem.

Uma questão polêmica gira em torno da permissão do advogado em fazer cortes de partes não importantes da entrevista.

Outra prática pouco usada, mas que poderia ter grande potencial para a investigação defensiva é o requerimento do advogado para expedição de Mandado de Busca e apreensão, nos termos do art. 242, do CPP, ao dispor que “a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”. Assim, o mandado requerido pela parte, representada pelo advogado de defesa, poderia servir para determinar uma busca que sirva para atestar a ausência de provas de autoria sobre o investigado, ou até mesmo levar à descoberta de provas sobre outro suspeito.

Gabriel Bulhões N. Dias indica ainda, que é “facultado ao profissional indicar a necessidade de realização de qualquer tipo de perícia disponível no arcabouço científico contemporâneo, de forma autônoma ou complementar, através de profissional técnico habilitado”.²⁰¹ As perícias podem ser físicas, químicas ou eletrônicas, em que o advogado contrata um perito profissional e idôneo que registra e documenta o que foi realizado.

Ainda, sempre que possível, a fim de dar maior credibilidade aos documentos reunidos, o defensor poderá registrar os resultados da investigação e o que considerar importante em ata notarial.²⁰²

Por último, resta analisar o auxílio de investigadores/detetives particulares na investigação defensiva, uma vez que o defensor pode “contatar investigador particular para localizar fontes de prova da inocência, mas tal iniciativa inevitavelmente esbarra em uma série de óbices”.²⁰³

Ressalte-se que a Lei nº. 13.432/2017, conhecida como a Lei do detetive particular, em seu art. 5º,²⁰⁴ estabelece que, o detetive particular pode colaborar

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² “Instrumento público autorizado por notário competente, a requerimento de uma pessoa com interesse legítimo e que, fundamentada nos princípios da função imparcial e independente, pública e responsável, tem por objeto constatar a realidade ou verdade de um fato que o notário vê, ouve ou percebe por seus sentidos, cuja finalidade precípua é a de ser um instrumento de prova em processo judicial, mas que pode ter outros fins na esfera privada, administrativa, registral, e, inclusive, integradores de uma atuação jurídica não negocial ou de um processo negocial complexo, para sua preparação, constatação ou execução” (DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 158).

²⁰³ MALAN, 2012, op. cit., p. 2.

²⁰⁴ Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante. Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante.²⁰⁵

Ainda o parágrafo único do referido artigo estabelece que o aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá, a qualquer tempo admitir ou rejeitar tal colaboração. Denota-se que a referida disposição poderia levar ao desengajamento do defensor em dedicar-se à realização de uma investigação defensiva, pois ao dizer que a aceitação a colaboração trazida pelo investigador particular fica à critério do delegado, se esse não aceitá-la, o trabalho do defensor poderá ser desconsiderado.

Ser detetive profissional é considerado uma profissão livre e reconhecida pelo Ministério Público do Trabalho, sendo que “não resta dúvidas, pois, acerca da legalidade e legitimidade da atuação dessa classe de profissionais”.²⁰⁶ Dessa maneira, considerando-se a legislação vigente, o detetive particular poderá coletar dados, informações e pesquisas científicas sobre as suspeitas e casos verificando a existência de uma infração administrativa, de uma conduta lesiva à pessoa ou sua saúde, investigando questões familiares, conjugais, de filiação ou até mesmo apurando o desaparecimento de alguém.²⁰⁷

A doutrina explica que “ao final de cada diligência, sugere-se que o profissional solicite do detetive particular a elaboração de um relatório sucinto das atividades desempenhadas e resultados obtidos”²⁰⁸. Ademais, recomenda-se que com o término do prazo determinado para a execução de certa diligência, o detetive entregue um relatório circunstanciado ao advogado acerca dos dados e informações colhidos, o qual deve conter os procedimentos adotados, resultados obtidos, indicação de providências legais (se houver), a identificação completa do detetive que deverá assinar e datar o relatório.²⁰⁹

²⁰⁵ “Para o exercício da profissão de detetive particular no âmbito da investigação defensiva, sugere-se que se tenham as devidas diligências e precauções para atestar a idoneidade pessoal e profissional, podendo ser solicitada a comprovação de requisitos, tais como: (i) capacidade civil e penal; (ii) escolaridade de nível médio ou superior; (iii) formação específica ou profissionalizante para o exercício da profissão; (iv) gozo dos direitos civis e políticos; e/ou (v) possuir bons antecedentes criminais”. (DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 158).

²⁰⁶ DIAS, 2018, op. cit., p. 158.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Ibidem.

Nesse sentido, esclarece Franklyn Roger Silva que “o encargo do investigador é fornecer todo o suporte probatório e informações necessárias ao exercício da defesa, em autêntico diálogo com o defensor”.²¹⁰

Entretanto, Diogo Malan chama atenção para algumas dificuldades que podem ser encontradas para a atuação ou contratação de um investigador que persistem nos dias atuais. Dentre elas estão “a insuficiência de recursos da vasta maioria da clientela preferencial do sistema penal brasileiro para custear os sobreditos serviços de investigação particular”.²¹¹

O autor também pontua que a falta de regulamentação no CPP sobre os direitos e deveres dos defensores nas investigações inviabiliza o acesso a uma série de informações sigilosas e os impede de colher declarações testemunhais coercitivamente. Esse quadro também acaba por expor tais defensores ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a administração da Justiça, e ainda, perpetua certo preconceito cultural contra a credibilidade de elementos informativos e probatórios ameadados por defensores ou investigadores particulares.²¹²

Apesar das dificuldades na obtenção de informações e na contratação de um investigador, sugere-se que tais profissionais que realizariam a investigação pela defesa também deveriam estar presentes no âmbito da Defensoria Pública. Essa não seria obrigada a contratar os serviços de investigadores particulares em prol de seus assistidos, mas poderia ter no seu quadro de servidores, profissionais encarregados da coleta de elementos a partir de um procedimento investigatório instaurado no âmbito da instituição.²¹³

Portanto, depreende-se que não só de atividades oficiais é composta investigação criminal. Pelo contrário, as atividades realizadas por particulares (de iniciativa do imputado ou da vítima) não só podem como devem ser inseridas no material investigatório, o que pode ser feito por meio do chamado inquérito defensivo que será visto adiante.

²¹⁰ SILVA, 2019, op. cit., p. 398.

²¹¹ MALAN, 2012, op. cit., p. 2.

²¹² MALAN, 2012, op. cit., p. 2.

²¹³ SILVA, 2019, op. cit., p. 398.

4.3. FINALIDADES E POSSIBILIDADES PRÁTICAS PARA A ATUAÇÃO DEFENSIVA

Concluída a breve análise sobre os principais exemplos de diligências exequíveis pelo defensor, com o auxílio de um investigador/detetive, se faz imprescindível verificar como e para que poderão ser utilizados os materiais e elementos probatórios obtidos resultantes das providências tomadas pela defesa.

Antes, porém, mencione-se rapidamente a figura do inquérito defensivo, o qual consiste em um instrumento de organização documental conduzido pelo advogado, assim como ocorre com o inquérito dirigido pela Polícia Judiciária. O inquérito defensivo é prescindível para a realização da investigação defensiva. No entanto, surge como “modelo recomendável para estabelecimento de uma metodologia minimamente padronizada, mas que não impede o livre desenvolvimento das atividades e diligências executadas pelo advogado no curso da sua livre atuação”.²¹⁴

Desse modo, uma vez reunidos e organizados os elementos pelo defensor à favor do investigado, o primeiro questionamento que pode surgir consiste nas finalidades a que se prestarão o material coletado pela defesa e como ele será empregado na fase preliminar e também na processual.

Nesse sentido, o Provimento nº. 188/2018 da OAB, exemplifica por meio de um rol (o qual não parece ser exaustivo) nos incisos do art. 3º²¹⁵ algumas dessas finalidades. Fica estabelecido, portanto, que o resultado da investigação da defesa poderá ser utilizado para o trancamento do inquérito, para a rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa, e também para fundamentar a resposta a acusação, os pedidos de medidas cautelares, a defesa em ação penal pública ou privada, as razões de recurso e da revisão criminal, bem como de *habeas corpus*. Ademais, o Provimento já indica que a investigação poderá subsidiar a proposta de

²¹⁴ DIAS, 2018. Op. cit., p. 158.

²¹⁵ Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em: I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito; II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; III - resposta a acusação; IV - pedido de medidas cautelares; V - defesa em ação penal pública ou privada; VI - razões de recurso; VII - revisão criminal; VIII - habeas corpus; IX - proposta de acordo de colaboração premiada; X - proposta de acordo de leniência; XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal. Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

acordo de colaboração premiada, de acordo de leniência e outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos criminais.

Ressalta-se, preliminarmente, como principal finalidade da investigação defensiva o trancamento do inquérito policial.

Nesse seguimento, na sociedade atual em que ocorre a grande divulgação de investigações em andamento e do nome daqueles que são objeto de tal procedimento, obstar o prosseguimento de tal fase é crucial para impedir que se inicie a cadeia de estigmatização. Noutras palavras, ao passo que obstar a instauração da ação penal evita uma série de prejuízos ao acusado, evitando a própria condenação, o trancamento do inquérito policial se apresenta como a finalidade primeira da investigação defensiva.

De outro lado, existem várias possibilidades de atuação para o advogado criminal quando se trata de investigação defensiva (*lato sensu*) que, segundo Gabriel Bulhões Dias pode ser encarada como gênero, “do qual fazem parte quatro espécies: i) investigação defensiva *stricto sensu*; ii) investigação defensiva dos interesses das vítimas; iii) investigação defensiva corporativa; e, ainda, iv) investigação defensiva colaboracional”.²¹⁶

Como neste trabalho não há como tratar de todas as modalidades de investigação defensiva, elege-se para análise as investigações internas corporativas, as quais se enquadra plenamente no conceito disposto no art. 1º, do Provimento nº. 188/OAB.

Segundo Anna Carolina Vanestraro e Túlio Felipe Januário, as investigações corporativas podem ser promovidas pela pessoa jurídica e consistem na realização de várias diligências, “com ou sem o auxílio de colaboradores externos, visando apurar fatos que cheguem ao seu conhecimento e que apresentem indícios de violações legais, éticas e/ou de suas normativas internas”.²¹⁷ Caracterizadas pelo seu caráter reativo, tais diligências tem como mote o melhor conhecimento sobre a situação da empresa, a fim de propiciar a melhor defesa dessa no futuro.

²¹⁶ DIAS, 2018. Op. cit., p. 158.

²¹⁷ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 294-310, jan./abr. 2020.

A investigação interna pode se iniciar por meio de uma denúncia (comunicação interna), ou por meio de uma comunicação externa, o que consiste no conhecimento de uma investigação estatal iminente ou já em andamento, quando noticiada pela mídia.²¹⁸ Essa modalidade de investigação guarda íntima relação com a chamada governança corporativa e os programas de *compliance* que permitem a fiscalização e regulação das pessoas jurídicas por elas mesmas. Tais programas de *compliance* visam a recuperar ou manter a “boa-reputação empresarial, a continuidade dos negócios e a potencialização dos lucros, mas principalmente, o resguardo da pessoa jurídica e de seus órgãos de representação de eventuais responsabilizações, inclusive criminais”.²¹⁹

Normalmente, o procedimento investigatório se dá por meio da coleta de informações encontradas nos instrumentos de trabalho, como em computadores e celulares corporativos, ou obtidas por meio de funcionários, colaboradores e, se for o caso, membros da direção.²²⁰

Em seguida, os documentos, conteúdo sonoro e/ou visual serão analisados, sendo possível entrevistar os investigados e testemunhas para melhor esclarecimento de questões acerca do material obtido. Uma vez apurados os fatos pela investigação, esses, de acordo com os objetivos da pessoa jurídica permitirão a aplicação de sanções internas nas empresas (demissão, advertências).

Anna C. Canestraro e Tulio F. Januário²²¹ sustentam que, se após o procedimento, forem obtidos resultados mais graves, como a verificação de que houve o cometimento de ilícitos criminais ou administrativos, as informações poderão ser levadas às autoridades para a instauração de uma investigação “oficial”, ou poderão dar subsídio para a celebração de acordos de leniência, ou ainda poderão auxiliar na preparação da defesa corporativa em eventual procedimento em que esta venha a ser implicada.

Por exemplo, nos casos de crime contra a ordem econômica, a Lei nº 12.529/2011, em seu art. 86, inciso IV, prevê a possibilidade de realização de acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

²¹⁸ Ibidem, p. 298

²¹⁹ Ibidem, p. 296.

²²⁰ Ibidem, p. 298

²²¹ Ibidem, p. 299.

(CADE).²²² Assim, conforme dispõe a lei, havendo a efetiva colaboração da pessoa jurídica nas investigações no processo administrativo, de modo a comprovar a infração e identificar envolvidos, poderá ser extinta a ação punitiva intentada pela administração pública ou reduzida a pena aplicável em até dois terços.

Nesse sentido, Gabriel Bulhões Dias²²³ admite o uso corporativo empresarial como possibilidade para a investigação defensiva, através das medidas e diligências implementadas para investigações internas e demandas por diligências prévias quanto à idoneidade de parceiros comerciais, fornecedores, investidores e até mesmo clientes, ambas situações exigidas para um bom programa de conformidade/integridade (*compliance*).

Todavia, como as diligências na investigação de pessoas jurídicas são comumente conduzidas pela própria empresa ou por escritórios, profissionais especializados que são contratados para diminuir ou isentar a responsabilidade da pessoa jurídica, “não podemos ignorar os riscos de eventuais excessos na condução das diligências, especialmente no que toca à violação de direitos e garantias de funcionários e terceiros investigados”.²²⁴ Sobre as investigações internas empresariais, Anna C. Canestraro e Tulio F. Januário anotam o seguinte:

Sendo assim, muito embora estes procedimentos tenham se mostrado uma ferramenta importante na superação das deficiências estatais na matéria e na resolução e enfrentamento de ilícitos empresariais, eles urge por maiores regulamentações referentes aos procedimentos passíveis de serem adotados e aos seus limites, as quais assegurariam não apenas maiores garantias aos investigados, mas também parâmetros mais precisos aos profissionais que atuam neste setor de inegáveis incertezas²²⁵.

²²² Lei. 12.529/11, Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (...)

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e
IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

²²³ DIAS, 2018, op. cit., p. 158.

²²⁴ CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, op. cit, p. 300.

²²⁵ Ibidem, p. 301.

Assim, nas investigações no meio corporativo empresarial, nota-se a necessidade de maior regulamentação, o que poderia ser feito por meio da definição de procedimentos e limites para seu exercício.

Emerge, portanto, a relevância do papel da investigação defensiva, pois esta possibilita “arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e direcionar a proposição das provas na relação processual”.²²⁶ Assim, permite-se que a defesa tenha maior previsibilidade sobre as ações das partes no processo, aprimorando as estratégias que melhor efetivem a tutela do imputado

Também, no intuito de afastar a legitimidade da participação da defesa no inquérito, alguns podem levantar a questão de que a defesa seria alguém parcial para colher elementos e informações. No entanto, o argumento de que a investigação defensiva é incompatível com a investigação policial, pois existiria uma parcialidade da defesa na coleta de informações²²⁷, não é convincente. Isso porque, a imparcialidade deve nortear a investigação criminal, sendo que a autoridade investigante, identificada na figura do Delegado de Polícia deve estar equidistante daqueles que na fase judicial constituirão de um lado acusação, e de outro defesa.

Sobre isso, Jaime Pimentel Júnior e Rafael Francisco Marcondes de Moraes²²⁸ escrevem que a investigação criminal não deve ser “defensiva” e tampouco acusadora, evitando assim um Estado-investigador amarrado às teses e interesses das partes, e viabilizando que a atividade de polícia judiciária se desenvolva com esmerada aplicação da lei e apuração da verdade atingível e validamente construída com alicerces garantistas.

Assim, para a melhor compreensão das finalidades da investigação defensiva e sua aplicação, existe uma necessidade, talvez ainda não percebida de melhor delimitar a atuação da defesa. Repise-se que a investigação ainda não é o momento para exercitar o contraditório pleno, exaurindo as vias possíveis, mas de, na medida do viável e necessário, garantir que não hajam abusos contra o

²²⁶ SILVA, 2019, op. cit., p. 416.

²²⁷ SILVA, 2019, op. cit., p. 383.

²²⁸ PIMENTEL JÚNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 232.

imputado e assegurar a possibilidade de obtenção de provas que serão essenciais para teses defensivas que serão aprimoradas no processo.

5. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA E DO JUIZ DE GARANTIAS: DESAFIOS E CONTRIBUIÇÕES NA EFETIVAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

5.1. O ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O FORTALECIMENTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Mauro Cappelletti, na obra "Acesso à justiça", ao tratar do que chama de um novo enfoque de acesso à justiça, ensina que "é necessário, em suma, verificar o papel e a importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-las".²²⁹ Assim, as reformas na assistência jurídica, a criação de programas e o fortalecimento de instituições são questões cruciais para efetivar o acesso à justiça, atentando para que isso não se torne por demais custoso aos envolvidos.

Sendo uma das portas que viabiliza o acesso à justiça, a assistência jurídica é consagrada pela Constituição Federal como direito fundamental e multifuncional.

Nas palavras de Ingo Sarlet, a assistência jurídica integral e gratuita permite um "efetivo acesso à justiça mediante a organização de um processo justo que leve em consideração as reais diferenças sociais entre as pessoas. Nessa linha, assume as funções de prestação estatal e de não discriminação".²³⁰

Outrossim, "a questão referente à assistência jurídica adequada tem repercussão imediata com o direito de defesa, já que, em causas criminais, a tutela da liberdade impõe que todo acusado faça jus à ampla defesa".²³¹

Por isso, levando em consideração que no Brasil a grande maioria dos condenados são os mais pobres, garantir uma assistência jurídica sem custos é a única forma de fazer com que os direitos mínimos cheguem a eles. Nesse ponto é

²²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 73.

²³⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 874.

²³¹ SILVA, 2019, op. cit., p. 322.

que, talvez seja impensável querer estabelecer e aprimorar uma advocacia defensiva no país sem estruturar a Defensoria pública que já é responsável pela assistência jurídica gratuita.

Nessa perspectiva, Franklyn Roger Silva²³², acertadamente observa que na justiça criminal todos os atores devem dispor de meios adequados para o exercício de suas funções e na existência de vulnerabilidade o Estado deve investir a fim de reequilibrar a relação. Acrescenta o autor que a investigação criminal defensiva mostra-se como um novo eixo de atuação que depende, preponderantemente, de um modelo de Defensoria Pública e de advogados detentores de poderes para realizar atos de coleta, sendo que essa atuação público-privada exercida por aqueles que não integram o poder punitivo possa auxiliar na descoberta da verdade no processo²³³.

Cabe aqui, tecer breves comentários sobre a Defensoria no Brasil. Essa recente instituição foi criada em São Paulo, no ano de 2006, sendo que a posse dos cargos do primeiro concurso público de ingresso na carreira de defensor público do Estado ocorreu apenas em 2008.²³⁴ Contudo, o Mapa da Defensoria Pública no Brasil, elaborado pelo IPEA, mostra que a Defensoria ainda não está instalada em 4 Estados do Brasil²³⁵, fazendo-se, assim presente em somente 28% das Comarcas brasileiras.²³⁶

Quando pensamos em justiça criminal e defesa, não há como esquecer o papel desempenhado pela Defensoria Pública. Lembra a doutrina que tal instituição “foi desenhada com um propósito de tutela jurídica dos hipossuficientes na origem da Constituição de 1988 e hoje desempenha um papel muito maior, promovendo a defesa dos vulneráveis nos mais variados aspectos”.²³⁷ Assim, a Defensoria pública efetiva a defesa como direito assegurado a todo acusado, especialmente para aqueles que não possuem condições de arcar com as custas de um advogado.

²³² Ibidem, p. 165.

²³³ Ibidem.

²³⁴ SOARES, Thais A. *A defensoria pública de São Paulo: um modelo inovador de assistência jurídica gratuita*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* | vol. 78/2009 | p. 411 - 425 | Maio - Jun / 2009 DTR\2009\314

²³⁵ Mapa da Defensoria Pública no Brasil. IPEA. 1ª Edição. Brasília – Distrito Federal. Edição dos Autores. 2013, p. 30. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2419>.

²³⁶ Ibidem, p. 31.

²³⁷ SILVA, 2019, op. cit., p. 134.

Igualmente, José L. Ragazzi e Renato Tavares da Silva²³⁸ asseveram que além da Defensoria possuir papel fundamental no acesso à justiça para os hipossuficientes, cabe à ela promover e zelar os Direitos Humanos de todas as pessoas, sejam elas economicamente necessitadas ou não, “na medida em que o critério balizador da atuação institucional não é mais exclusivo o da condição financeira, mas sim o da existência de um direito fundamental digno de tutela estatal”.

Nota-se que apesar de proporcionar a assistência jurídica custeada pelo Estado, a Defensoria ainda é uma instituição que precisa ser ampliada e melhor estruturada para atender além daqueles já submetidos ao processo penal, mas também os investigados, no intento se assegurar os direitos existentes na antessala do processo.

Paolo Ferrua²³⁹ defende que a atividade defensiva e a assistência jurídica devem ter envergadura equiparada à acusação, o que deve ser compreendido como elemento da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, “o pensamento italiano se alinha ao sistema brasileiro quando trata a Defensoria Pública e Advocacia como funções essenciais à justiça”.²⁴⁰ Ademais, Franklyn Roger Silva, indica que o desenvolvimento da investigação criminal defensiva na Itália necessitou não tanto do aprimoramento legislativo, mas sim de um estímulo aos profissionais do país”.²⁴¹

De maneira análoga, embora novas leis sejam criadas para regulamentar a investigação pela defesa, o maior desafio ainda consiste na estruturação das instituições e no estímulo dos profissionais. Além disso, ainda impera a cultura que inexistente espaço para o advogado na fase de investigação, sendo essa âmbito apenas da polícia como órgão oficial, “supervisionada” pelo Ministério Público.

Interessante mencionar que na doutrina norte-americana, por muito tempo, o modelo público de investigação criminal por parte da defesa não foi visto com bons olhos. Pelo contrário, considerava-se o defensor público como “um profissional relapso e descompromissado com os assistidos, exercendo papel de

²³⁸ RAGAZZI, José Luiz; SILVA, Renato Tavares da. *A defensoria pública como instrumento de promoção dos direitos humanos*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 88/2014 | p. 197 - 206 | Jul – Set / 2014 DTR\2014\17582.

²³⁹ FERRUA, Paolo, *Il “giusto processo”*. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 108.

²⁴⁰ SILVA, 2019, op. cit., p. 194.

²⁴¹ Ibidem, p. 206.

burocrata legitimador do processo penal condenatório”.²⁴² Nesse sentido, Debra Emmelman mostra como os advogados públicos de defesa, muitas vezes, são corrompidos por certas éticas processuais. Ou seja, no sistema estadunidense as carreiras de advogados públicos dependem da relação destes com membros do judiciário, além de existir uma tendência em não assumir uma postura antagônica em relação aos promotores nos casos criminais.²⁴³

É irrefutável que as diligências exequíveis na fase pré-processual, tem um custo, o qual é alto, na maioria dos casos. Assim, o fator financeiro, os recursos, sejam humanos ou materiais são determinantes para que tais diligências sejam colocadas em prática.

Com efeito, “talvez o ponto mais importante para a realidade da investigação defensiva seja a necessária capacitação e aparelhamento das Defensorias Públicas”.²⁴⁴ Isso significa aparelhar a Defensoria Pública. Denota-se que “esse aparelhamento também depende da inclusão das Defensorias Públicas nas redes de bancos de dados não sigilosos, permitindo que a instituição possa ter acesso a informações que auxiliem o exercício de sua defesa”.²⁴⁵

Destarte, por ora, tendo em mente a escassez de recursos estatais e a necessidade de mais tempo para que a advocacia defensiva seja inserida e consolidada em nosso ordenamento jurídico, possuir maior acesso às informações, como esses bancos de dados, pode ser um primeiro passo para esse aparelhamento.

No entanto, é preciso ter cautela com a possibilidade (remota, mas não descartada) de fortalecer excessivamente a investigação defensiva pela instituição, uma vez que tal quadro pode levar à uma disparidade com relação aos advogados privados. Nessa hipótese poderia se criar “um privilégio odioso, incompatível com o Estado Democrático de Direito e com a necessária equivalência entre as funções essenciais à justiça”.²⁴⁶

²⁴² Ibidem, p. 321.

²⁴³ Idem. EMMELMAN, Debra S. *Defending indigents: a study of criminal defense work*. Michigan: University Microfilms International, 1990, p. 2.

²⁴⁴ SILVA, 2019, op. cit., p. 435.

²⁴⁵ Ibidem, p. 435.

²⁴⁶ Ibidem.

Levando em conta que há uma relação direta entre qualidade da defesa técnica e sistemas de assistência jurídica²⁴⁷, é necessário compreender como o sujeito hipossucente pode ter acesso aos serviços como assistência técnica, jurídica e investigadores que deem suporte à uma tese defensiva. Em um contexto de vulnerabilidade do imputado e de indispensável paridade de armas, a Defensoria Pública, quando adequadamente capacitada, poderá ser encarada como um órgão de suporte investigativo em prol de imputados patrocinados por advogados que aceitem o apoio da instituição.²⁴⁸

Por isso, tendo em mente as dificuldades de acesso à justiça no Brasil, a Defensoria Pública ao lado do poder judiciário, se mostra como instituição essencial para a concretização da ampla defesa na fase preliminar, o que ensejaria o impedimento de acusações infundadas e processos injustos.

5.2. O PAPEL DO JUIZ DE GARANTIAS E A PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

O juiz de garantias não é tema novo no processo penal brasileiro, mas já fora objeto de grandes debates por ocasião do PLS/156, visando fortalecer a aplicação do garantismo, no “intuito de confirmar o sistema acusatório como regente do nosso processo penal”.²⁴⁹

Atualmente, embora aprovada com a Lei nº. 13.964/2019 (Pacote anticrime) e inserida nos arts. 3º -A ao 3º -F do CPP, a figura do juiz de garantias ainda não foi implantada no país. Por meio de decisão na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.299/DF, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a implantação do juiz de garantias até que tal decisão seja levada ao Plenário da Corte Suprema.

Na referida decisão o Ministro Luiz Fux apontou a complexidade que envolve a implementação do juiz de garantias, exigindo que sejam reunidos e analisados “os reais impactos para os diversos interesses tutelados pela

²⁴⁷ Ibidem, p. 320.

²⁴⁸ Ibidem, p. 581.

²⁴⁹ Análise do Projeto de lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), p. 14. Acessado em <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf>. A figura do juiz das garantias foi inserida no Capítulo II, Art. 14 do PLS/2009 - Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (...).

Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal”.²⁵⁰ Ademais, o Ministro pontuou que a “criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país”.²⁵¹

Esse quadro permite inferir que, apesar da preocupação com a ampliação e supervisão da efetivação de garantias, a preocupação do legislador, em muitas das vezes, se concentra mais em positivar novas figuras no processo penal do que em pensar formas de estruturar o sistema processual penal para que, de fato, as mudanças sejam implantadas. Desse modo, tanto na investigação defensiva, quanto na figura do juiz de garantias, verifica-se uma falta de suporte material que sejam efetivadas.

Contudo, isso não obsta a reflexão sobre os temas nem impede que se busque nos modelos estrangeiros possíveis contribuições para a nossa realidade. Embora o juiz de garantias ainda não esteja implantado no sistema processual penal, possivelmente, pode-se dizer que o instituto trará impactos para a posição do sujeito passivo na relação processual e para sua defesa e, porventura, gerando mudanças paradigmáticas na atuação do julgador na fase pré-processual.

Afinal de contas, qual é o fundamento que justifica teoricamente a implantação da figura do juiz de garantias?

Pode-se dizer que um dos fundamentos seria o de evitar a contaminação psicológica do juiz atuante na fase de julgamento (devido à análise dos requisitos de medidas cautelares na fase de investigação), através da atuação de dois juízes distintos: um para a fase da investigação e outro para a fase processual (instrução e julgamento).

Em que pese o juiz de garantias tenha sido efetivamente inserido apenas com a Lei nº. 13.964/2019 (Pacote anticrime), muitos dos escritos sobre o tema são anteriores ao ano de 2019, quando o assunto já era objeto de discussão no PLS 156/2009. Dessa maneira, os estudos já apontavam que o papel do juiz de garantias, como o próprio nome diz deveria ser o de “garante dos direitos

²⁵⁰ ADI 6299 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Decisão proferida pelo(a): Min. VICE-PRESIDENTE, Julgamento: 22/01/2020, Publicação: 03/02/2020, p. 5.

²⁵¹ ADI 6299 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Decisão proferida pelo(a): Min. VICE-PRESIDENTE, Julgamento: 22/01/2020, Publicação: 03/02/2020, p. 19.

fundamentais do sujeito passivo, o que se dá, principalmente, pela atuação nos incidentes jurisdicionais que tem lugar quando em jogo estiver a quebra de algum valor constitucionalmente consagrado”.²⁵² Ou seja, não caberia ao juiz exercer o papel de investigador, papel que deveria ficar à cargo das partes, em consonância com o sistema acusatório.

Ademais, instituir um juiz que atue somente na fase preliminar implicaria na “revalorização da sua função jurisdicional ao longo de todo o processo (e não apenas na fase de julgamento) (...) condição indispensável da garantia dos direitos fundamentais”.²⁵³ Esse juiz atuaria até o recebimento da denúncia, e se houver questões ainda pendentes, essas serão resolvidas pelo juiz da fase processual.

No sistema italiano, o atual juiz das investigações preliminares (*giudice per le indagini preliminari*) não tem poderes de investigação por iniciativa própria. Entretanto, ele exerce um papel extremamente importante “porque ele pode, em graus variáveis, controlar a atividade das entidades que investigam e, nesta medida, assegurar a proteção dos direitos do arguido sempre que devam ser tomadas medidas restritivas”.²⁵⁴

Talvez o modelo italiano possa guiar a postura do juiz de garantias no sistema brasileiro, indicando como função precípua do juiz na fase preliminar o controle das ilegalidades, atuando como salvaguarda dos direitos do acusado ao mesmo tempo que garante a celeridade e bom andamento do inquérito. Nessa perspectiva, ensina Aury Lopes Júnior que “o juiz garante ou de garantias não investiga e tampouco julga no processo, até porque a prevenção deve excluir a competência por claríssimo comprometimento da imparcialidade”.²⁵⁵

É preciso partir do pressuposto de que “a intervenção do órgão jurisdicional é contingente e excepcional. Isso porque, o inquérito policial pode se iniciar, se desenvolver e ser concluído sem a intervenção do juiz”.²⁵⁶ Melhor dizendo, o juiz é prescindível na fase pré-processual. Ele será acionado quando o ato a ser praticado exija “a autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito

²⁵² GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 148.

²⁵³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A fase preparatória do processo penal - Tendências na Europa. O caso português*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 39/2002, p. 9 - 27, Jul- Set/ 2002. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Vol. 1, p. 995 - 1016, Jun/ 2012, p. 1.

²⁵⁴ Ibidem, p. 3.

²⁵⁵ LOPES JR., 2001, op. cit., p. 24.

²⁵⁶ LOPES JR; GLOECKNER, 2014, op. cit., p. 260.

passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos etc. por parte do investigador”.²⁵⁷

Enquanto no processo penal preservar o contraditório é talvez a missão mais importante do juiz²⁵⁸, na fase pré-processual a missão primeira do juiz é a de evitar ilegalidades.

Ricardo Gloeckner e Aury Lopes Jr.²⁵⁹ muito bem sintetizam a função e o perfil do juiz que atua na fase preliminar, qual seja o de um juiz que atue como garante dos direitos fundamentais, posição essa a mais adequada à estrutura dialética do processo e ao sistema acusatório visado. Veja-se:

O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha de adotar uma posição contrária à opinião da maioria. (...) O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo.²⁶⁰

Nota-se, pois que a proteção de direitos fundamentais é o ponto central quando se pensa na atuação do julgador no inquérito. Mais importante que definir quem investiga, se a polícia, se o Ministério Público, ou a própria defesa, está em definir quem dá eficácia às garantias, no caso o juiz.²⁶¹

Por isso, sem deixar de perseguir a eficácia da investigação, o juiz de garantias deve preservar o indiciado e suas liberdades.²⁶²

Ainda, de acordo com o pensamento de Priscilla Placha Sá²⁶³, a figura do juiz de garantias além de fortalecer e reconduzir a atividade policial aos seus papéis constitucionais, aproxima o processo penal de um modelo mais democrático, afastando a possibilidade de iniciativa probatória do juiz e

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ SILVA, 2019, op. cit., p. 417.

²⁵⁹ LOPES, JR., A.; GLOECKNER, R. J., 2014, op. cit., p. 258-259.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Ibidem, p. 260.

²⁶² PLACHA SÁ, Priscilla. *Juiz de Garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do Senado 156/2009*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 160.

²⁶³ Ibidem.

preservando assim seu distanciamento, a fim de evitar a influência na formação da convicção e de antecipar a pretensão de quem quer que seja.

O juiz de garantias, portanto, pode ser uma importante ferramenta para eliminar pré-julgamentos causados pela forte influência que as investigações e elementos que deveriam ser apenas informativos exercem na sentença judicial.

A despeito do exposto, no inquérito policial, “sempre será possível a intervenção do Poder Judiciário para a salvaguarda de direitos próprios do imputado ou de terceiros que sejam alvo dessas investigações”.²⁶⁴ Com efeito, a produção probatória não deve ser o foco do juiz de garantias. Seus propósitos essenciais devem se pautar no controle dos atos praticados, evitando a contaminação do órgão jurisdicional, advinda de abusos e ilegalidades na condução da investigação.

Situação que merece enfoque e poderia facilitar e tornar menos onerosa a implantação do juiz de garantias, além de facilitar o acesso aos autos por parte do advogado, seria a adoção do inquérito policial eletrônico. Porém, sobre esse assunto atenta-se para o fato de que ainda não há uniformidade no trato nacional e as vantagens da novidade dependem muito do modelo que se implementa em cada Estado.²⁶⁵ No Estado do Paraná, por exemplo, o inquérito policial eletrônico foi implantado em todas as Comarcas somente a partir de agosto de 2019.²⁶⁶

A respeito disso, Rodrigo Guimarães e Sarah Ribeiro²⁶⁷ pontuam que, além de fornecer mais segurança aos dados e uma economia na operacionalização e no orçamento do sistema de justiça criminal, a adoção do inquérito eletrônico permite ao Ministério Público e à defesa uma maior participação na investigação, pois esses podem acompanhar a tramitação das investigações em tempo real sem precisar se deslocar até a delegacia para acessar os autos. Assim, a implantação do inquérito policial eletrônico em todo o território nacional pode ser significativamente útil para a adaptação brasileira ao novo modelo do juiz de garantias previsto pela Lei nº. 13.964/2019.

²⁶⁴ SILVA, 2019, op. cit., p. 370.

²⁶⁵ GUIMARÃES, Rodrigo R. C.; RIBEIRO, Sarah G. *A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 147-174, jan./abr. 2020.

²⁶⁶ Ministério Público do Paraná. Criminal, do Júri e Execuções Penais. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2250> acesso dia: 03 de outubro de 2020.

²⁶⁷ GUIMARÃES; RIBEIRO, 2020, op. cit.

Conforme mostra Rubens Casara²⁶⁸, a concretização do juiz de garantias, exige muito mais do que apenas uma mudança legislativa, mas exige uma luta política, a fim de romper com a tradição autoritária. Faz-se necessária uma reforma estrutural, assim como a reformulação para ingresso nas carreiras públicas que exercem o poder penal, na busca por um saber-poder comprometido com os valores constitucionais democráticos e com os direitos humanos.

Isso posto, resta questionar qual pode ser a contribuição da efetivação do juiz de garantias para a investigação defensiva? Uma delas, possivelmente, se encontra no fato de ser tal juiz um importante aliado para a ampliação da prática da advocacia defensiva ao assegurar maior acesso a direitos e à informação para a defesa, oportunizando a participação dela na fase preliminar.

Tendo em vista a importância da advocacia (OAB), da Defensoria Pública e do judiciário no fortalecimento da prática da investigação defensiva, resta analisar ainda as principais contribuições oriundas da referida prática para a investigação criminal e para o processo penal brasileiro.

5.3. DESAFIOS DA ADVOCACIA DEFENSIVA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E EFETIVO

Quase não existem pesquisas empíricas sobre como a investigação criminal defensiva está se desenvolvendo no Brasil.

Entrementes, existe uma interessante pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceria com o Instituto do Direito e de Defesa (IDD), a qual pode auxiliar, no intuito de detectar alguns possíveis impactos da atuação da defesa na fase pré-processual. A referida pesquisa analisou as apelações interpostas contra condenações por roubo que tramitaram perante o Tribunal de Alçada de São Paulo, hoje já extinto.

O ideal seria analisar a efetividade da defesa na fase preliminar com pesquisas mais recentes, mas essas ainda não foram realizadas, sendo que

²⁶⁸ CASARA, Rubens R. R.. *Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 176.

possivelmente não existiu uma mudança significativa que tenha aumentado o número de defensores atuando na fase pré-processual.

Demonstrou-se na pesquisa que, dentre aqueles que tiveram sentenças condenatórias: 92,89% não tiveram acesso à defesa técnica logo após o oferecimento da denúncia, 21,82% não contaram com a assistência de defensor por ocasião do interrogatório, 9,09% não tiveram alegações preliminares e 35,7% não tiveram pedido de diligências no inquérito.²⁶⁹ Assim, se verificou uma relação direta entre a ausência de defesa na fase preliminar e inicial do processo com o aumento nas condenações.

Tal dado da realidade contrasta com o que está disposto na Constituição Federal, ao assegurar aos litigantes em processo administrativo, judicial e aos acusados em geral a ampla defesa. Isto é, a ausência de uma defesa minimamente efetiva não atende às premissas constitucionais, além de gerar prejuízos incomensuráveis ao acusado ou réu.

Desse modo, a atuação da defesa na fase preliminar deve se consubstanciar em um poder-dever e não pode ser vista como faculdade, a ser exercida ou não de forma discricionária, segundo as conveniências pessoais de cada defensor técnico.²⁷⁰ Ou seja, é preciso que os operadores jurídicos e os legisladores brasileiros sedimentem em suas culturas “a ideia de que existe dever ético de investigar imposto ao defensor técnico, como parte integrante do seu dever de propiciar defesa penal efetiva, por meio de uma atuação profissional com capacitação técnica e empenho pessoal”.²⁷¹

Citando o jurista argentino Alberto Binder, Diogo Malan²⁷² afirma que a defesa técnica é peculiar, pois se por um lado ela atua em conjunto com as demais garantias processuais, de outro ela é a garantia mais relevante do acusado, porquanto, na prática, ela operacionaliza as demais. Com efeito, “a defesa não pode ser colocada no mesmo patamar de importância das outras garantias, porque a intangibilidade dela é a garantia fundamental, que assegura ao acusado que todas as demais tenham vigência concreta”.²⁷³

²⁶⁹ MALAN, 2012, op. cit., p. 12.

²⁷⁰ Ibidem, p. 15.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ Ibidem, p. 15-16.

Desse modo, em que pese a defesa técnica seja reconhecida legislativa e judiciariamente, o maior desafio contemporâneo, aludido por Diogo Malan consiste em assegurar sua efetividade no dia a dia do funcionamento do sistema penal brasileiro.²⁷⁴ Logo, nota-se a necessidade de reconhecer a defesa atuando na fase preliminar como um direito fundamental. Mas não só isso. A chave está em implantá-la como prática e costume no sistema jurídico e como direito-dever dos advogados ou defensores públicos.

Visto ser a investigação defensiva um direito de qualquer investigado, não menos importante é falar rapidamente sobre as contribuições que tal prática pode estabelecer para o procedimento investigatório.

Inicialmente, repise-se que a experiência norte-americana é cada vez mais debatida e “transplantada” para o Brasil, por meio da tendência em adotar uma justiça mais negocial, o que demonstra a relevância de uma postura mais ativa por parte do advogado já na fase de investigação criminal, a fim de evitar a instauração de um processo por meio de acordos.²⁷⁵

Procedimentos como a oitiva de testemunhas em escritórios de advogados são práticas já rotineiras nos Estados Unidos, as quais precisam ser realizadas previamente ao julgamento. Então, nesse exemplo, a declaração da testemunha é registrada por meio de ata e juntada nos autos com as demais perícias e diligências, o que, de acordo com Anna C. Canestraro e Túlio F. Januário constitui etapa fundamental “para a efetividade do *cross examination*, com a demonstração de eventuais inconsistências no depoimento testemunhal, mas também para a obtenção de melhores termos e condições na celebração da *plea bargain*”.²⁷⁶

Com efeito, no sistema norte-americano, a postura ativa do advogado se mostra indispensável, uma vez que cerca de 95% dos casos que chegam ao Sistema Judiciário Federal são resolvidos em acordos, os chamados *plea*

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Lembrando que “No sistema estadunidense, a etapa de investigação criminal não possui um rito pré-estabelecido. Com isso, os órgãos de persecução penal e a defesa possuem ampla discricionariedade na escolha dos meios probatórios. A acusação parte de uma fase em que se reúnem elementos relacionados ao fato investigado e à identificação do autor do delito e, enquanto não individualizada a investigação, “não se fala em direito de defesa e não há prazo para o encerramento das diligências” (ARAÚJO, Marcelo Azambuja. *Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun.2017).

²⁷⁶ CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, op. cit.

agreements. Nesse sentido, destaca Marcelo Azambuja que “a existência de elementos favoráveis à defesa nesse momento processual pode ser um fator decisivo para a decisão do acusado de realizar ou não o acordo ou para barganhar o oferecimento de melhores condições”.²⁷⁷

Nesse sentido sobre a ampliação da participação da defesa na fase preliminar, escreve Franklyn Roger Silva, que isso indubitavelmente levará à “uma valoração mais sensata do resultado e, por conseguinte, a aceitação de institutos despenalizadores já existentes na Lei nº. 9.099/95, nas demais normas e nos outros futuros diplomas que possam vir a ser implementados”.²⁷⁸

Assegurar espaço para uma postura mais ativa na fase investigativa, estabelecerá o contraditório e a ampla defesa na investigação, e com isso será permitido à defesa influenciar a convicção do juiz que, na maioria das vezes, começa a ser formada já nessa fase (levando em consideração que, ainda, o juiz que atua na fase de investigação é o mesmo que sentencia).

É bem verdade que apenas “com uma participação ativa na fase de investigação é que ela terá pleno domínio do material probatório que recai a favor e contra si”.²⁷⁹ Nota-se que no Brasil o promotor de justiça é quem conduz as tratativas durante a negociação, uma vez que ele detem os elementos colhidos durante a investigação, o que lhe permite avaliar em quais casos é oportuna a negociação e quais os seus limites, sempre com uma maior liberdade dispositiva quando comparada com a acusação em outros países.²⁸⁰

Esse quadro permite inferir que a participação da defesa na colheita de elementos na investigação será de suma importância. Assim, a investigação defensiva poderá e deverá contribuir de forma crucial para o equilíbrio nas tratativas de acordos processuais penais, pois ao munir a defesa com informações e provas, permite-se que a defesa faça a melhor escolha no momento da futura acusação. Nesse sentido, Marta Saad²⁸¹ anota que a investigação defensiva permite ao acusado contribuir com esclarecimentos dos fatos, identificar fontes de prova e até avaliar, de maneira mais qualificada, sua estratégia defensiva, inclusive

²⁷⁷ ARAÚJO, 2017, op. cit., p. 239-240.

²⁷⁸ SILVA, 2019, op. cit., p. 41.

²⁷⁹ SILVA, 2019, p. 44.

²⁸⁰ Ibidem, p. 282.

²⁸¹ SAAD, 2020, op. cit.

qualificando-o para decidir sobre a opção de seguir por meios consensuais, como acordo de colaboração premiada.

Por tais razões é que uma adequada investigação defensiva poderá se tornar imprescindível para que exista paridade de armas no momento da aceitação do acordo entre acusado e Ministério Público. No entanto, essa é apenas uma dentre as várias outras utilidades, possibilidades e contribuições que o processo penal brasileiro como um todo pode obter com o maior uso a fortalecimento de práticas da defesa na fase pré-processual.

Outrossim, a advocacia defensiva que atua para além da fase preliminar mostra-se como um caminho na construção de um processo penal mais democrático. Nas palavras de Carlos Hélder Mendes, “acredita-se que a efetivação do direito de defesa na fase de investigação é um dos passos necessários para uma investigação criminal mais democrática”.²⁸²

Sendo assim, já que nosso ordenamento jurídico não adota um sistema paliativo de exclusão da investigação preliminar, uma das medidas capazes de proporcionar a superação da divisão bifásica (na realidade falaciosa) do processo penal entre fase preliminar e processual compreende a efetivação da presença e atuação da defesa em todas as fases da persecução penal.²⁸³

Ainda, é preciso atentar que os elementos probatórios produzidos durante a investigação passam a ser o centro da disputa sobre a culpa do sujeito investigado, uma vez que já na fase preliminar são engendrados os juízos de culpa²⁸⁴ que, na maioria das vezes, são reproduzidos na sentença. Nesse sentido, menciona-se Geraldo Prado para ressaltar que “a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar”.²⁸⁵

²⁸² MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning, 2019, op. cit.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ No processo penal, autores como Franco Cordero e Jacinto Miranda Coutinho apontam que os poderes instrutórios atribuídos ao juiz em qualquer fase, fazem com que a formação do juízo sobre a culpa do acusado preceda o recolhimento da prova. De acordo com Aury Lopes Júnior, “significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição de hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada) (LOPES JR, Aury. *Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?* In: *Sistemas processuais penais*. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1 ed – Florianópolis (SC): Tirant Lo Blanch, 2018, p. 31-56)”.²⁸⁵

²⁸⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 4 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

Por tais motivos é que o direito à defesa, ao devido processo legal e a garantia de não ser submetido a um processo infundado, dependem intimamente da qualidade da defesa, que se for desenvolvida também na fase pré-processual, pode impedir inúmeras injustiças do processo penal.

Nas palavras de Franklyn Roger Silva, citando a autora norte-americana Debra S. Emmelman, “ainda que o fenômeno da qualidade da defesa seja visto como um aspecto meramente procedimental, é inegável que o alcance da justiça depende de um exercício substancial da atividade defensiva”.²⁸⁶

Buscar a implantação e ampliação de práticas da advocacia defensiva se mostram de suma importância, já que, “não obstante, dentre as diversas desigualdades materiais que desfavorecem o acusado no âmbito do sistema penal brasileiro, talvez a mais significativa ocorra justamente na fase de investigação preliminar do delito”.²⁸⁷

Em síntese, serão inúmeras as vantagens trazidas pela investigação desenvolvida pela defesa, uma vez que a defesa exercerá maior intervenção nos estágios iniciais, “em que os elementos de formação do convencimento estão com maior frescor, proporcionando uma imediatidade entre a prática de atos investigativos e a presença da diligência”.²⁸⁸

Por fim, buscar mecanismos de efetivação da atuação da defesa e outros profissionais na fase preliminar, para além dos órgãos estatais, contribuirá para o melhor deslinde do caso penal. Essa é uma necessidade sempre presente, sobretudo diante da falta de investimentos da polícia judiciária e da precariedade da polícia científica no Brasil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o exame acerca das características da investigação criminal preliminar no Brasil e de alguns dos aspectos do modelo de investigação adotado (inquérito policial) e da investigação defensiva em modelos estrangeiros, num primeiro momento, salta aos olhos a necessidade e o interesse na efetivação da advocacia defensiva na realidade processual penal brasileira.

²⁸⁶ SILVA, 2019, op. cit., p. 321.

²⁸⁷ MALAN, 2012 op. cit.

²⁸⁸ SILVA, 2019, op. cit., p. 426

Entretanto, numa segunda análise mais acurada, emergem os desafios e obstáculos na sua implantação, seja pela escassez de regulamentação, seja pelo receio ou mesmo pelo desconhecimento das possibilidades práticas que os defensores/advogados possuem com a investigação por esses realizada.

Verifica-se que o paradigma do modelo estatal oficial de investigação criminal, representado pelo inquérito policial, ainda impera. Ressalta-se que o objetivo aqui não foi o de julgar se esse é ou não o melhor modelo de investigação criminal a ser adotado num país de dimensões continentais, e no qual ainda se reproduz uma divisão bifásica entre fase preliminar e fase processual. Ademais, independentemente do sistema processual almejado, se acusatório ou não, fato é que existe uma realidade processual penal que ainda nega espaço às garantias e direitos fundamentais ao imputado/acusado, como a ampla defesa e a presunção de inocência.

Nesse sentido, especialmente com a mediação que publiciza as investigações em curso, a participação da defesa na fase pré-processual é indispensável para evitar a estigmatização de eventual processamento do caso penal e garantir a lisura no procedimento. Assim, a defesa precisa atuar desde cedo para evitar que apenas uma versão dos fatos seja considerada e repercutida no processo.

Além disso, não se pode negar a tendência de aplicação de acordos penais cada vez mais praticados na fase pré-processual, a qual também revela os abusos cometidos por autoridades e pelo Ministério Público na ânsia de buscar novos culpados, sob o argumento de coibir a impunidade. Tal realidade denuncia a imprescindibilidade da presença da defesa, munindo o imputado de elementos e informações que permitam a realização de um acordo minimamente justo e favorável.

O fato da defesa atuar desde a fase preliminar permite ao defensor ter maior controle das estratégias a serem tomadas no caso, aprimorando a tutela dos interesses do assistido. Nesse sentido, o defensor e o sujeito investigado possuem o direito de contribuir, cooperar na busca da decisão de mérito, bem como influir no convencimento do juiz e na interpretação das normas discutidas no caso.

Pode-se dizer que existem alguns pilares para a estruturação e efetivação da investigação defensiva. Dentre os mais importantes estão o acesso à justiça e

assistência jurídica gratuita, a regulamentação da atividade, a estruturação da Defensoria pública, o auxílio do poder judiciário assegurando as garantias do investigado e o desenvolvimento de uma cultura de participação da defesa no inquérito. Em outras palavras, considerando que a maior parte dos sujeitos que são condenados criminalmente são os mais pobres e desfavorecidos, não há como pensar uma defesa efetiva sem garantir o acesso à mecanismos de defesa pré-processual.

Diante desse quadro, o intuito desse trabalho foi demonstrar, que apesar da existência do modelo de inquérito policial, realizado, preponderantemente pela polícia judiciária, é possível e viável a participação da defesa na fase preliminar. Por isso, vislumbrando a implantação do juiz de garantias e o fortalecimento da Defensoria Publica como instituição que possibilita assistência jurídica e gratuita aos que necessitam, a investigação direta pela defesa poderá ser encarada como poder-dever do defensor, e, sobretudo, como direito fundamental do investigado/imputado

Ademais, a atuação do advogado na fase investigativa também mostra-se muito interessante para o âmbito corporativo empresarial, no escopo de evitar o cometimento de práticas ilícitas ou de detectá-las, viabilizando as práticas de *compliance* e maior transparência na administração empresarial.

Sendo assim, pretendeu-se demonstrar a existência de uma compatibilidade e fundamentalidade da participação e colaboração da defesa na investigação criminal preliminar.

Entretanto, implantar uma postura defensiva ainda depende intimamente da colaboração de todos os sujeitos do processo, de modo que o juiz e a autoridade policial assegurem e oportunizem a participação da defesa. Pontue-se que a busca pela maior proximidade da verdade dos fatos, construída pela dialética processual, além de propiciar um processo penal mais justo, serve como baliza para a atuação do juiz e do delegado.

Com a efetivação da investigação realizada diretamente pela defesa, respeitados os limites de atuação, a fim de não prolongar demasiadamente a fase pré-processual, o processo penal brasileiro só tem a ganhar, tornando-se mais democrático e menos nefasto às partes.

7. REFERÊNCIAS

ANODIO, Ennio. **O modelo acusatório no novo código de processo penal italiano**. Revista de Processo, vol. 59/1990, p. 135 - 155, Jul - Set/ 1990.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun.2017.

ARENHART, Sérgio cruz. **Ainda sobre a verdade no processo**. In: Altos estudos sobre a prova no processo penal – Coord. Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Editora JusPODIVM, 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **“Scherlock Holmes” no processo penal brasileiro? Lineamentos sobre a Lei 13.432 de 11 de abril de 2017 (LGL\2017\2851) e a investigação criminal defensiva**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 8-9, jul. 2017.

AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

_____. **Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado**. In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, 2014. v. 1.

_____. **Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974.

BORGES, Clara Maria Roman. **Um olhar para além dos sistemas processuais penais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 104/2013 | p. 147 - 171 | Set - Out / 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do Inquérito policial no sistema acusatório – o modelo brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 35/2001, p. 185-201. Jul-Set/ 2001. Doutrinas essenciais de direito penal e processo penal. Vol 6/2015. Jan-Dez/ 2015.

CAMBI, eduardo; CAMARGO Gerson Ziebarth. **Limites, possibilidade e consequências da extensão do contraditório ao inquérito policial**. Revista dos Tribunais | vol. 980/2017 | p. 331 - 348 | Jun / 2017 DTR\2017\1467.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. **Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Servanda, 2010.

_____. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Mexico: Episa, 1997.

CASARA, Rubens R. R.. **Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. **Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, jan. 2017

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 30, 1998, p.163-198.

DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. **A verdade como ferramenta da investigação criminal à luz do garantismo penal**. Revista dos Tribunais, vol. 952/2015, p. 265 – 293. Fev/ 2015.

DIAS, Gabriel Nóbrega Bulhões. **A advocacia criminal, a advocacia defensiva e a luta pela paridade de armas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, v. 150, p. 145-87, dez., 2018.

_____. **Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira.** 2019 EMais Editora & Livraria Jurídica.

EMMELMAN, Debra S. *Defending indigents: a study of criminal defense work.* Michigan: University Microfilms International, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRUA, Paolo. *Il “giusto processo”.* Bologna: Zanichelli, 2012.

FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro.** Dissertação de mestrado, USP, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Trad. J. W. Prado Jr. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal.** Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003).** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53/2005 | p. 185 - 200 | Mar - Abr / 2005 Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 81 - 93 | Jun / 2012 DTR\2005\179

_____; **A defesa penal e a sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio de oportunidade. Relações entre Juiz e Ministério Público - seus limites.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 40/2002 | p. 91 - 104 | Out - Dez / 2002 Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 65 - 80 | Jun / 2012 DTR\2002\432

_____; SCARANCA FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006..

GUIMARÃES, Rodrigo R. C.; RIBEIRO, Sarah G. **A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 147-174, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.329>

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal.** 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *O abuso do poder de denunciar e o direito de não ser réu: uma nova leitura a partir do novo art. 28 do Código de Processo Penal (lei 13.964/2019).* Revista de Processo | vol. 307/2020 | p. 33 - 52 | Set / 2020 | DTR\2020\8402.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, 16ª edição, Editora Saraiva, 2019.

_____; **Fundamentos do Processo Penal**. 5ª edição, Editora Saraiva, 2019.

_____; **Sistemas de investigação preliminar no Processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 1.

_____; GLOECKNER, R. J. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; **Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?** p. 31-56. In: Sistemas processuais penais. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1 ed – Florianópolis (SC): Tirant Lo Blanch, 2018.

_____; ROSA, Alexandre Moraes da. **Investigação defensiva melhora a competitividade penal**. Setembro/2019. Acessado em 21/04/2020 às 11:05h em <https://www.conjur.com.br/2019-set-06/investigacao-defensiva-melhora-competitividade-penal>

MACHADO, André Augusto. **A investigação criminal defensiva**. 2009. 2012 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACHADO, André Maya. **O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 23, n. 1, p. 71-88, jan-abr 2018.

MALAN, Diogo. **Investigação defensiva no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio-jun. 2012.

_____; Defesa **técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988**. In: Prado, Geraldo; (orgs.). Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; MIRZA, Flávio (Coord.). **Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961. vol. 1.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O Juiz de Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica do direito brasileiro**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 147.

MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova** (dissertação de mestrado) orientador: Noel Struchiner. – 2009.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Carlos Eugênio Vieira; MENDES, Tiago Bunning. **A lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal: garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 159/2019, p. 261-296, Set/2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. **Defesa Penal: Direito ou garantia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4/1993, p. 110 - 125, Out - Dez/1993.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da Cunha. **A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova**. Revista Jurídica Unigran, Dourados, v. 17, n. 33, p.133-147, 31.06.2015.

OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva e OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Princípios Constitucionais no Inquérito e no Processo Penal**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001, p. 54.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **O problema da verdade da investigação criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 91, p. 91 - 135, Jul - Ago/ 2011.

PLACHA SÁ, Priscilla. **Juiz de Garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do Senado 156/2009**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. Salvador: Juspodivm, 2018.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. **A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal**. Direito & Justiça. V. 37, n. 1, p. 5-11, jan./jun. 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. 4 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

RASCOVSKI, Luiz. **A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado**. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). Temas relevantes de direito penal e processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Investigação criminal defensiva: uma luz no fim do túnel com sua previsão no novo Código de Processo Penal (LGL\1941\8)** (Projeto de Lei 156/09). Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 219, p. 14-15, fev. 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A fase preparatória do processo penal - Tendências na Europa. O caso português.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 39/2002, p. 9 - 27, Jul - Set/ 2002. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Vol. 1, p. 995 - 1016, Jun/ 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Principais instituições do processo penal brasileiro e elaboração legislativa de novo código de processo penal: inquérito policial.** Revista dos Tribunais, vol. 697/1993, p. 269 - 279, Nov /1993.

RAGAZZI, José Luiz; SILVA, Renato Tavares da. **A defensoria pública como instrumento de promoção dos direitos humanos.** Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 88/2014 | p. 197 - 206 | Jul – Set / 2014 DTR\2014\17582.

RAMOS JR, Euclides Duarte. **Juiz de garantias: uma visão prospectiva do processo penal brasileiro**, p. 378-392. Revista de Artigos Científicos - V. 10, n.1, Tomo I (A/L), jan./jun. 2018.

RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. **A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9).

_____. **Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal - Investigação preliminar: desafios e perspectivas.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 29-39, jan./abr. 2020.

SALLUM, Camila. **A busca pela adequação aos preceitos do sistema acusatório: o controle da legalidade no curso da investigação criminal pelo juízo das garantias.** VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 230-247, 1º sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

SAMPAIO, D. **Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência pós “Código Rocco” sobre a indagine defensiva.** In: MALAN, D. MIRZA, F. (Coord.). **Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 96-120.

SANTORO, Antonio E. R. **A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na**

Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa.** Editora JusPODIVM. 2019

_____. **A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>

SOARES, Thais A. **A defensoria pública de São Paulo: um modelo inovador de assistência jurídica gratuita.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 78/2009 | p. 411 - 425 | Maio - Jun / 2009 DTR\2009\314

SOUZA, Fábio Luiz Mariani de. **Defensoria Pública e o acesso à justiça penal.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

SOUZA, David Tarciso Queiroz de. **A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar.** 2016. (Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016).

TONINI, Paolo. **Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 48/2004, p. 194 - 214, Maio - Jun/2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Indiciamento e Qualificação indireta.** Revista dos Tribunais, nº 571, maio de 1993, pp.291/994.

VARGAS, Nicolás Omar. **La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatorios.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 329-360, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.328>

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 107/2014, p. 309 - 336, Mar - Abr/ 2014.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ADI 6299 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Decisão proferida pelo(a): Min. VICE-PRESIDENTE, Julgamento: 22/01/2020, Publicação: 03/02/2020.

Codice di Procedura Penale 2020 - Aggiornato al D.L. 17 marzo 2020, n. 18
<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. (Acesso em: 04/11/2020).

Costituzione della Repubblica Italiana.
<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. (Acesso em 02/11/2020).

Mapa da Defensoria Pública no Brasil. IPEA. 1ª Edição. Brasília – Distrito Federal. Edição dos Autores. 2013. Disponível em
<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2419>. (Acesso em: 15/09/2020).

Ministério Público do Paraná. Criminal, do Júri e Execuções Penais. Disponível em:
<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2250>
 (Acesso em: 03/10/2020).

“Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado”
 Acessado em
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>
 (Acesso em: 10/10/2020).

THE AMERICAN BAR ASSOCIATION. Criminal Justice Standards for the Defense Function. Fourth Edition (2017) of the CRIMINAL JUSTICE STANDARDS for the DEFENSE FUNCTION. Acessado em
https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/ (Acesso em: 20/05/2020)